

Münster 1968

Paul Ernst Köhling

Rechtsprechende und verwaltende
Funktionen des Strafrichters

1968

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

RECHTSPRECHENDE UND VERWALTENDE
FUNKTIONEN DES STRAFRICHTERS

Eine Untersuchung zum materiellen Funktionsbegriff
der Rechtsprechung
unter besonderer Berücksichtigung
strafrichterlicher Funktionen

Inauguraldissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von

Referendar Paul Ernst Köhling
aus Lüdinghausen/Westfalen



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Wessels

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Stree

Dekan: Prof. Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Dezember 1968

Meiner Mutter

Inhaltsübersicht

Vorbemerkung	1
1. Abschnitt Einführung: Notwendigkeit und Bedeutung einer materiellen Begriffsbestimmung der Rechtsprechung	2
2. Abschnitt Die staatsrechtliche und die prozessuale Funktionenlehre	14
3. Abschnitt Gewaltenteilung und Funktionenteilung. Überblick über die verfassungsgeschichtliche Entwicklung	17
4. Abschnitt Zur Leugnung eines materiellen Funktionsgehaltes der rechtsprechenden Funktion	22
1. Kapitel Gewaltenkonzentration	22
2. Kapitel Reine Rechtslehre	23
3. Kapitel Rechtsanwendung	28
5. Abschnitt Formelle Merkmale der rechtsprechenden Funktion	32
1. Kapitel Organisatorische Selbständigkeit	32
2. Kapitel Rechtlich geordnetes Verfahren	32
3. Kapitel Selbständigkeit des Richterspruchs	35
4. Kapitel Verbindlichkeit des Richterspruchs	36
5. Kapitel Richterliche Unabhängigkeit	37
6. Kapitel "Historischer" Rechtsprechungsbegriff	42
7. Kapitel "Materialer" Rechtsprechungsbegriff	45
6. Abschnitt Materielle Kriterien der rechtsprechenden Funktion	49
1. Kapitel Anlaß des Richtens	50
1. Rechtsverhältnis	51
2. Streit	53
a. Rechtsverletzung	54
b. Rechtskorrektur	56
3. Neutralität	58
2. Kapitel Exkurs: Kritik am Kriterium der Streitentscheidung	62
1. Streitentscheidung durch Verwaltung	63
2. Straf-, Status- und Verfassungsgerichtliches Verfahren	66

a.	Strafverfahren	67
b.	Statusverfahren	75
c.	Verfassungsgerichtliches Verfahren	78
3.	Ergebnis	83
3. Kapitel	Art des Richtens	84
1.	Messen	85
2.	Menschliches Verhalten	90
3.	Rechtsanwendung?	92
4. Kapitel	Ziel des Richtens	101
1.	Rechtsidee	104
a.	Gerechtigkeit	104
b.	Zweckmäßigkeit	110
c.	Rechtssicherheit	113
2.	Verwirklichung der materiellen Gerech- tigkeit im Richterspruch	115
3.	Rechtsbewährung. Rechtsschöpfung	126
7. Abschnitt	Strafrichterliche Funktionen	132
1.	Strafvollstreckung	135
a.	Das deutsche und das französische Sy- stem	135
b.	Vollstreckung und Vollzug. Nebenfolgen und Nebengeschäfte	143
c.	Richterliche Entscheidungen	155
2.	Maßregeln der Sicherung und Besserung	161
3.	Strafaussetzung zur Bewährung	173
4.	Ergebnis	189
Rückblick	Das Urteil des Bundesverfassungsge- richts vom 6.6.1967	192

Abkürzungen*

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alter Fassung
AllgEisenbG	Allgemeines Eisenbahngesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AO	Reichsabgabenordnung
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArchÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz
BFinH	Bundesfinanzhof
BGHSt	Bundesgerichtshof (Strafsachen)
BGHZ	Bundesgerichtshof (Zivilsachen)
BlfGefK	Blätter für Gefängniskunde
BSt	(VO über das) Statut der Beamten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CCB	Constitutio Criminalis Bambergensis
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CIC	Code d'Instruction Criminelle
CPC	Code de Procédure Civile
CPP	Code de Procédure Pénale
DAR	Deutsches Autorecht
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DVollzO	Dienst- und Vollzugsordnung
E	Entscheidungssammlung
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
EKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Einl.	Einleitung
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

* Im Text folgt der abgekürzt zitierten Zeitschrift, Entscheidungssammlung usw. zunächst deren Nummer oder (und) Jahrgang, dann die Seiten- oder Spaltenzahl.

f	folgende Seite
ff	folgende Seiten
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FinArch	Finanzarchiv
GA	Goldtammers Archiv für Strafrecht
GemO NW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GGA	Göttingische Gelehrte Anzeigen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HausratsVO	Hausratsverordnung
HGB	Handelsgesetzbuch
JAVollzO	Jugendarrestvollzugsordnung
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JMBL NW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JVBl	Justizverwaltungsblatt
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LV NW	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
LWG NW	Landeswohnungsgesetz (Nordrhein-Westfalen)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MSchrKrimPsych	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHSt	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone (Strafsachen)
o.J.	ohne Angabe des Erscheinungsjahres
OLG	Oberlandesgericht
o.O.	ohne Angabe des Erscheinungsortes
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Prot.	Protokolle
RevdsScCr	Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal comparé

RGSt	Reichsgericht (Strafsachen)
RGZ	Reichsgericht (Zivilsachen)
RJGG	Reichsjugendgerichtsgesetz
Rpfl	Der deutsche Rechtspfleger
RVO	Reichsversicherungsordnung
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SprG	Die Spruchgerichte
StGB AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, Tübingen 1966
StGB E 1958	Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs, Bonn 1958
StGB E 1959 I	Entwurf eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung, Bonn 1959
StGB E 1960	Entwurf eines Strafgesetzbuches (Bundesrat-Drucksache)
StGB E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches, Bundesratsvorlage, Bonn 1962
StPO E III	Dritter Entwurf der Reichsstrafprozeßordnung
StPO NE III	Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen (1919)
StuR	Steuer und Recht
StuW	Steuer und Wirtschaft
StVollstrO	Strafvollstreckungsordnung
VerfGHG NW	Gesetz über den Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden)
VGH NW	Verfassungsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZGB	Schweizer Zivilgesetzbuch
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZJBl	Zentraljustizblatt für die britische Zone, Amtliches Blatt für Rechtspflege
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZStV	Zeitschrift für Strafvollzug
zw.	zweifelnd
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß

Schrifttumsverzeichnis

- ADAM, Robert: Die USA, Band 1, Geschichte und Verfassungsordnung, München-Wien 1964.
- ALSBERG, Max: Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Band III, Mannheim/Berlin/Leipzig 1928.
- ALTENHAIN, Gustav Adolf: Die Rechtsnatur der Beschwerde nach § 21 Strafvollstreckungsordnung, Rpfl 1963, 370-372.
- ALTENHAIN, Gustav Adolf: Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafrechts, DRiZ 1964, 297-300.
- AMELUNXEN, Clemens: Die Stellung des Richters im künftigen Strafprozeß, DRiZ 1962, 188-191.
- AMOR, P.: Le système pénitentiaire de la France, in: HEGUENEY, Louis/ DONNEDIEU de VABRES, Henri/ ANCEL, Marc: Les grands systèmes pénitentiaires actuels, Band I, Paris 1950, 155-186.
- ANCEL, Marc: Die geistigen Grundlagen der Lehren von der "Sozialen Verteidigung" (Défense Sociale), MSchrKrim 1956/57 (Sonderheft 60), 51-58.
- ANSCHÜTZ, Gerhard: Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919, Darmstadt 1960, Neudruck der 14. Aufl., Berlin 1933.
- ANSCHÜTZ, Gerhard: Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Handbuch der Politik, 1. Band, Grundlagen der Politik, 3. Aufl., Berlin und Leipzig 1920.
- ARETIN, Joh. Christ. Freiherr von/ ROTTECK, Karl von: Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, 2. Band, 1. Abtheilung, 2. Theil, Von der bürgerlichen Freiheit in der konstitutionellen Monarchie, Altenburg 1827.
- ARISTOTELES: Die Lehrschriften (Übertragung von GOHLKE), Nikomachische Ethik, 2. Aufl., Paderborn (Schöningh) 1966.
- ARNDT, Adolf: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.4.1959, NJW 1959, 1230-1231.
- ARNDT, Adolf: Das Bild des Richters, Karlsruhe 1957.
- ARNDT, Adolf: Die Aufgaben des Juristen in unserer Zeit, in: Rechtspolitische Konferenz der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands, Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf 1966, 12-33.
- ARNDT, Adolf: Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1963, 1273-1284.
- ARNDT, Adolf: Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz, in: Festgabe für Carlo Schmid, Tübingen 1962, 5-32.
- ARNDT, Adolf: Richter, Gerichte und Rechtsweg in der Reichsverfassung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Trennung von Justiz und Verwaltung, ArchÖR 1932, 183-221.
- ARNDT, Adolf: Strafgewalt der Finanzämter? Zum Begriff der rechtsprechenden Gewalt, NJW 1959, 605-608.
- ARNDT, Adolf: Umstrittene Staatsanwaltschaft, Umwelt und Recht, NJW 1961, 1615-1617.
- BACHOF, Otto: Aussprache über "Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung", VVDStRL 14 (Berlin 1956), 174-181.
- BACHOF, Otto: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97-102.

- BACHOF, Otto: Ebenfalls: Freiheitsentziehung nach Art. 104 GG, DÖV 1952, 393-395.
- BACHOF, Otto: Grundgesetz und Richtermacht, Tübingen 1959.
- BACHOF, Otto: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band I, 2. Aufl., Tübingen 1964.
- BACHOF, Otto: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band II, Tübingen 1967.
- BADER, Karl S.: Die Wiederherstellung rechtsstaatlicher Garantien im deutschen Strafprozeß nach 1945, in: Strafprozeß und Rechtsstaat, Festschrift für H. F. PFENNIGER, Zürich 1956, 1-14.
- BADER, Karl S.: Staatsanwalt und Rechtspflege, JZ 1956, 4-6.
- BAHR, Otto: Der Rechtsstaat, Aalen 1961, Neudruck der Ausgabe 1864.
- BARRATA, Alessandro: Natur der Sache und Naturrecht, in: Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965, 104-163.
- BAUMANN, Jürgen: Die Auflagenkataloge im Strafrecht, GA 1958, 193-203.
- BAUMANN, Jürgen: Grenzen der individuellen Gerechtigkeit im Strafrecht, in: Summum ius, summa iniuria, Tübingen 1963, 117-144.
- BAUMANN, Jürgen: Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT), 4. Aufl., Bielefeld 1966.
- BAUMANN, Jürgen: Unterbringungsrecht, Tübingen 1966.
- BAUMBACH, Adolf/LAUTERBACH, Wolfgang: Zivilprozeßordnung, 28. Aufl., München und Berlin 1965.
- BAUR, Fritz: Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 1955, 507-521.
- BECKER, Franz: Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Stuttgart-Bruxelles 1960.
- BELING, Ernst: Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück, in: Festgabe für Philipp HECK. Max RÜMELIN. Arthur Benno SCHMIDT, Beilageheft zum 133. Band des AcP (1931), Tübingen 1931, 1-18.
- BENNECKE, Hans/BELING, Ernst: Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts, Breslau 1900.
- BERNATZIK, Edmund: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Aalen 1964, Nachdruck der Ausgabe Wien 1886.
- BETTERMANN, Karl August: Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: BETTERMANN, Karl August/NIPPERDEY, Hans Carl/SCHNEUR, Ulrich, Die Grundrechte, III. Band, 2. Halbband, Berlin 1959, 779-908.
- BETTERMANN, Karl August: Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Friedrich LENT, München und Berlin 1957, 17-42.
- BETTERMANN, Karl August: Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: BETTERMANN, Karl August/NIPPERDEY, Hans Carl/SCHNEUR, Ulrich, Die Grundrechte, III. Band, 2. Halbband, Berlin 1959, 523-642.
- BETTERMANN, Karl August: Kompetenzfragen um den Kündigungsschutz im Kleingartenrecht, NJW 1957, 1497-1500.

- BETTERMANN, Karl August: Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt, in: Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart.Berlin 1966, 1711-1728.
- BETTERMANN, Karl August: Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, München 1955, 361-389.
- BINDING, Karl: Grundriss des Deutschen Strafprozessrechts, 5. Aufl., Leipzig 1904.
- BINDING, Karl: Grundriß des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl., Leipzig 1907.
- BINDING, Karl: Grundriss des Gemeinen Deutschen Strafprozessrechts, Leipzig 1881.
- BIRKMEYER, Karl: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.
- BLUNTSCHLI, J. C.: Lehre vom modernen Staat, II. Teil, Allgemeines Staatsrecht, Stuttgart, 6. Aufl. 1885.
- BOCKELMANN, Paul: Richter und Gesetz, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf SMEND, Göttingen 1952, 23-39.
- BOCKELMANN, Paul: Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil, Berlin 1940.
- BÖCKENFÖRDE, Christoph: Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, Berlin 1966.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Berlin 1958.
- BÖTEL, Wilhelm: Handbuch der Strafvollstreckung, Celle 1929.
- BÖTTICHER, Eduard: Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg?, ZZP 51 (1926), 201-232.
- BÖTTICHER, Eduard: Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930.
- BÖTTICHER, Eduard: Regelungsstreitigkeiten, in: Festschrift für Friedrich LENT, München und Berlin 1957, 89-106.
- BOLDT, Gottfried: Um den Jugendarrest, ZStrW 59 (1939), 336-359.
- BONNER KOMMENTAR: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff.
- BRÜGGEMANN, Dieter: Die rechtsprechende Gewalt, Berlin 1962.
- BRUNS, Hans-Jürgen: Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Berlin 1938.
- BRUNS, Hans-Jürgen: Die Maßregeln der Sicherung und Besserung im StGB-Entwurf 1956, ZStrW 71 (1959), 210-251.
- BRUNS, Hans-Jürgen: Die Strafaussetzung zur Bewährung, GA 1956, 193-240.
- BRUNS, Hans-Jürgen: Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen strafrichterlicher Auflagen und Weisungen, GA 1959, 193-228.
- BRUNS, Hans-Jürgen: Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen, NJW 1959, 1393-1398.
- BÜHLER, Wilhelm: Das Verhältnis von Staatsanwalt und Gericht im Strafverfahren, Diss. iur. (Tübingen), o.O. 1953.
- BUELOW, Oskar: Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.
- CHARLES, Raymond: La Justice en France, Paris 1953.
- COLNG, Helmut: Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947.
- COLNG, Helmut: Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950.

- COING, Helmut: System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, 481-485.
- COSSIO, Carlos: Panorama der egologischen Rechtslehre, in: Die antologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965, 265-318.
- CÜPPERS, Josef: Bemerkungen zum Entwurf des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes (Strafrechtsbereinigungsgesetz), NJW 1952, 993-997.
- DAHM, Georg: Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit im Strafrecht der Gegenwart, in: Probleme der Strafrechterneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch, Berlin 1944, 1-23.
- DAHM, Georg: Richtermacht und Gerichtsverfassung im Strafrecht, ZgesStW 101 (1941), 287-308.
- DALCKE, A./FUHRMANN, Ernst/SCHÄFER, Karl: Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., Berlin 1961.
- DALCKE, A./GENZMER, S.: Handbuch der Strafvollstreckung und Gefängnisverwaltung in Preußen, Berlin 1881.
- DALLINGER, Wilhelm: Gerichtsverfassung und Strafverfahren, II. Teil, JZ 1953, 432-442.
- DALLINGER, Wilhelm/LACKNER, Karl: Jugendgerichtsgesetz, 2. Aufl., München und Berlin 1965.
- DEMSKI, Maria: Die Stellung des Richters bei der Anordnung der Bewährungsaussetzung nach den §§ 23, 24, 24 a StGB, Diss. iur. (Münster), o.O. 1955.
- DERNEDDE, C.: Die Rechtspflege im Grundgesetz, ZJBl 1949, 101-105.
- DÖHRING, Erich: Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin 1953.
- DOHNA, Alexander Graf zu: Das Strafprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1925.
- DOHNA, Alexander Graf zu: Die Stellung der Staatsanwaltschaft zu Gericht, Polizei und Regierung, Berlin 1929.
- DOHNA, Alexander Graf zu: Kernprobleme der Rechtsphilosophie, Darmstadt 1959, Nachdruck der Ausgabe Berlin.Wien 1940.
- DREHER, Eduard: Anmerkung zum Beschluß des KG vom 27.8.1954, JR 1955, 30-31.
- DREHER, Eduard: Die Vereinheitlichung von Strafen und sichern- den Maßregeln, ZStrW 65 (1953), 481-495.
- DREHER, Eduard: Strafzwecke und Revisibilität der Strafzumessung, SprG 1948, 307-310.
- DREHER, Eduard: Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, JZ 1967, 41-46.
- DROST, Heinrich: Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930.
- DROST, Heinrich: Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform, NJW 1955, 1255-1258.
- DUNNEBIER, Hanns: Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Maßregeln im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuchs, ZStrW 72 (1960), 32-41.
- ECKELS, H. H.: Strafaussetzung zur Bewährung und Gesamtstrafenbildung, NJW 1954, 1672-1674.
- EHRHARDT, Helmut: Über Behandlungsmöglichkeiten für Delinquenten nach dem deutschen Strafgesetzentwurf 1962, ZStrW 76 (1964), 216-237.

- EICHENBERGER, Kurt: Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960.
- EICHLER, Hans: Inwieweit ist in der Strafvollstreckung Raum für eine Mitwirkung richterlicher Instanzen?, in: Zur Neugestaltung des Strafverfahrens und Strafvollzuges, Berlin 1935.
- EMGE, Carl August: Einführung in die Rechtsphilosophie, Frankfurt/Main-Wien 1955.
- ENGISCH, Karl: Einführung in das Juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1964.
- EXNER, Franz: Gerechtigkeit und Richteramt, Über Gerechtigkeit im Strafmaß, Leipzig 1922.
- EYERMANN, Erich/FRÖHLER, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., München und Berlin 1965.
- FLEINER, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928.
- FLUME, Werner: Steuerwesen und Rechtsordnung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festgabe für Rudolf SMEND, Göttingen 1952, 59-101.
- FORSTHOFF, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1966.
- FREDE, Lothar: Buchbesprechung (LEISS-WEINGARTNER), ZStrW 73 (1961), 292-293.
- FREY, Erwin R.: Ausbau des Strafsystems?, ZStrW 65 (1953), 3-52.
- FREY, Erwin R.: Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages (München 1960), Band II (Sitzungsberichte), Teil E, 3. Abteilung, Tübingen 1962, E 25-42.
- FREY, Erwin R.: Verantwortung und Schuld oder der Zweckgedanke als Leitmotiv des Strafrechts?, in: Schuld, Verantwortung, Strafe, Zürich 1964, IX-XXXI.
- FRIESENHAHN, Ernst: Die Funktionen der Staatsgewalt. Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, Tübingen 1932, 523-545.
- FRIESENHAHN, Ernst: Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, in: Festschrift für Richard THOMA, Tübingen 1950, 21-69.
- FUHRMANN, Hans: Das Beanstandungsrecht des § 238 Abs. 2 StPO - seine Bedeutung und seine Grenzen -, GA 1963, 65-81.
- FUSS, Ernst-Werner: Gleichheitssatz und Richtermacht, JZ 1959, 329-339.
- GÄRTNER, Reinhard: Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, Diss. iur. (Saarbrücken), Saarbrücken 1964.
- GASSIN, Raymond: Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain, RevdScCr 18 (1963), 239-278.
- GEIB, Gustav: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Band, Geschichte, Leipzig 1861.
- GEIGER, Willi: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Berlin und Frankfurt a.M. 1952.

- GERBER, Hans: Freiheitsentziehung nach Art. 104 GG, DÖV 1952, 387-393.
- GÖBEL, Oswald: Anklagezwang und Gewaltentrennung, NJW 1961, 856-858.
- GÖRCKE, Hans-Helmuth: Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, ZStrW 73 (1961), 561-613.
- GOESSL, Manfred: Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Berlin 1961.
- GOLDSCHMIDT, James: Der Prozeß als Rechtslage, Aalen 1962, Neudruck der Ausgabe Berlin 1925.
- GRÖPL, Erhard: Zum Begriff der Rechtsprechung im Sinne des Artikels 92 des Bonner Grundgesetzes, Diss. iur. (München), o.O. 1957.
- GRÜNHUT, Max: Bedingte Verurteilung, ZStrW 64 (1952), 127-140.
- GRÜNHUT, Max: Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung, in: Rechtsstaatsidee und Erziehungsstrafe, MSchrKrim-Psych, Beiheft 3, Heidelberg 1930, 1-23.
- GUILLEMIN, Henri: Einführung in: ROUSSEAU, Du Contrat Social (1762), Paris (Union Générale d'Éditions) 1963.
- GUTJAHR, Heinz: Das Monopol des Richters der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Verhängung echter Strafen, Diss. iur. (Tübingen), o.O. 1957.
- GUTZWILLER, Max: Was ist Gerechtigkeit? Bemerkungen zu zwei neuesten Schriften von Professor Hans KELSEN, in: Elemente der Rechtsidee, Basel und Stuttgart 1964, 248-266.
- HABSCHEID, Walther: Grundfragen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, RPfl 1957, 164-168.
- HABSCHEID, Walther: Steuerstraßverfahren und Grundgesetz, MDR 1966, 1-9.
- HAHN, C.: Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 3. Band, Materialien zur Strafprozeßordnung, Die gesammelten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, 1. Abtheilung, Berlin 1880.
- HAMANN, Andreas: Das Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied. Berlin 1961.
- HAURIU, Maurice: Principes de Droit public, 2. Aufl., Paris 1916.
- HECK, Philipp: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1-318.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: Sämtliche Werke, Band XII, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 4. Aufl., Hamburg 1955.
- HEGENBARTH, Kurt: Strafvollstreckungsordnung, Münster 1957.
- HELLMER, Joachim: Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der Schlechterstellung, JZ 1956, 714-716.
- HELLMER, Joachim: Erziehung und Strafe, Berlin 1957.
- HENKEL, Heinrich: Das deutsche Strafverfahren, Hamburg 1943.
- HENKEL, Heinrich: Recht und Individualität, Berlin 1958.
- HENKEL, Heinrich: Strafverfahrensrecht, Stuttgart und Köln 1953.
- HIPPEL, Eike von: Die Konkretisierung von Grundrechtsnormen, NJW 1967, 539-541.
- HIPPEL, Ernst von: Die rechtsprechende Gewalt und das Richtergesetz, JZ 1956, 1-4.

- HIPPEL, Ernst von: Gewaltenteilung im modernen Staate, Koblenz o.J.
- HIPPEL, Ernst von: Mechanisches und moralisches Rechtsdenken, in: Forum der Rechtsphilosophie, Köln 1950, 49-59.
- HIPPEL, Robert von: Der deutsche Strafprozeß, Marburg 1941.
- HIPPEL, Robert von: Deutsches Strafrecht, I. Band, Berlin 1925.
- HUBER, Ernst Rudolf: Wirtschafts-Verwaltungsrecht,
1. Band, 2. Aufl., Tübingen 1953,
2. Band, 2. Aufl., Tübingen 1954.
- HUSSERL, Gerhart: Recht und Zeit, Frankfurt am Main 1955.
- IMBODEN, Max: MONTESQUIEU und die Lehre der Gewaltentrennung, Berlin 1959.
- JACOBI, Ludwig: Die Rechtsstellung der Strafgefangenen, ZStrW 50 (1930), 376-405.
- JAGUSCH, Heinrich: Über die Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 23-25 StGB), JZ 1953, 688-690.
- JAHREISS, Hermann: Das "Wesen" des Rechtsprechens als Argument des Bundesverfassungsgerichts in einer sehr umstrittenen Entscheidung, in: Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich LEHMANN, Band I, Berlin, Tübingen, Berlin, Berlin und Frankfurt a.M. 1956, 62-69.
- JAHREISS, Hermann: Demokratischer Rechts-Staat und Rechtssprechung, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Band II, Stuttgart und Köln 1950, 203-219.
- JAHREISS, Hermann: Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, in: Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages (Köln 1949), Tübingen 1950 (Sonderdruck), 26-45.
- JAHREISS, Hermann: Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für Hans NAWIASKY, München 1956, 119-139.
- JELLINEK, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914.
- JELLINEK, Walter: Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VVDStRL 2 (Berlin und Leipzig 1925), 8-80.
- JELLINEK, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen, Tübingen 1913.
- JELLINEK, Walter: Verwaltungsrecht, Offenburg 1950, Neudruck der 3. Aufl., Berlin 1928.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: Die Konkurrenz, ZStrW 67 (1955), 529-555.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: Le système pénitentiaire de la République Fédérale d'Allemagne, in: HEGUENEY, Louis/ANCEL, Marc: Les grands systèmes pénitentiaires actuels, Band II, Paris 1955, 283-306.
- JHERING, Rudolph von: Der Zweck im Recht,
1. Band, Leipzig 1877,
2. Band, Leipzig 1883.
- JUNKER: Über Gnadenwesen, insbesondere über den Beauftragten für Gnadensachen und über die bedingte Strafaussetzung (bedingten Straferlaß) durch die Gerichte, ZStrW 63 (1951), 428-455.

- KARRASCH, Heinrich: Disziplinarmaßnahmen in den Vollzugsanstalten. Vergleichende Untersuchung für eine Strafvollzugsreform, Diss. iur. (Freiburg), o.O. 1957.
- KAUFMANN, Armin: Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der reformatio in peius, JZ 1958, 297-301.
- KAUFMANN, Arthur: Die ontologische Struktur des Rechts, in: Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965, 470-508.
- KAUFMANN, Hilde: GRAMMATICAS System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht, in: Festschrift für Hellmuth von WEBER, Bonn 1963, 418-444.
- KEIDEL, Fritz und Theodor: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 9. Aufl., München und Berlin 1967.
- KELSEN, Hans: Justiz und Verwaltung, Wien 1929.
- KELSEN, Hans: Reine Rechtslehre, Leipzig und Wien 1934.
- KELSEN, Hans: Zum Begriff der Norm, in: Festschrift für Hans Carl NIPPERDEY, Band I, München und Berlin 1965, 57-70.
- KERN, Eduard: Buchbesprechung (HENKEL, Heinrich: Strafverfahrensrecht, Salzgitter-Hildesheim 1950), NJW 1951, 186.
- KERN, Eduard: Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., München und Berlin 1965.
- KERN, Eduard: Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, München und Berlin 1954.
- KERN, Eduard: Strafverfahrensrecht, 7. Aufl., München und Berlin 1965.
- KILL, Franz: Die Stellung der Staatsanwaltschaft im französischen und deutschen Strafverfahren, Diss. iur. (Bonn), o.O. 1960.
- KIRSCH, Liselotte: Inhalt und Grenzen jugendrichterlicher Auflagen, Diss. iur. (Heidelberg), Heidelberg 1961.
- KLEIN, Friedrich: Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, ZgesStW 106 (1950), 390-411.
- KLEIN, Friedrich: Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen, Münster 1966.
- KLEIN, Friedrich: Das Steuerstrafverfahren in verfassungsrechtlicher Sicht, StuR, Band 7, Herne 1960, 29-47.
- KLEIN, Friedrich: Die Rechtswidrigkeit des Gesetzes zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 26. März 1954, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag, Ergänzungsband, München 1958, 566-591.
- KLEIN, Friedrich: Die Übertragung des Ordnungsrechts nach deutschem Verfassungsrecht, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Band IV, Düsseldorf 1956, 171-202.
- KLEIN, Friedrich: Steuerwesen und Rechtsordnung, FinArch 14 (1953/54), 1-20.
- KNIESTEDT, Klaus: Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, MDR 1960, 197-198.
- KNIESTEDT, Klaus: Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei (Schlußwort), MDR 1961, 25.
- KOELLREUTTER, Otto: Rechtspflege und Verwaltung, ArchÖR 1929, 416-436.
- KOHLRAUSCH, Eduard: Die Wiesbadener Juristentagung, DRZ 1947, 27-30.
- KOHLHAAS, Max: Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, Neuwied am Rhein, Berlin 1963.
- KRIELE, Martin: Kriterien der Gerechtigkeit, Berlin 1963.

- KRIES, August von: Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i.B. 1892.
- KROHNE, K.: Lehrbuch der Gefängniskunde, Stuttgart 1889.
- KRÜGER, Herbert: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart. Berlin-Köln-Mainz 1966.
- KRUSE, Eberhard: Das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die Unabhängigkeit des Richters, Diss. iur. (Münster), München 1964.
- KÜCHENHOFF, Günther und Erich: Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl., Stuttgart 1964.
- KÜHLER: Gewaltenteilung und Richtergesetz, DRiZ 1958, 241-244.
- KÜPER, Wilfried: Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, Berlin 1967.
- LABAND, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 3, Aalen 1964, Nachdruck der 5. Aufl., Tübingen 1913.
- LACKNER, Karl: Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 6.6.1957, JZ 1957, 757-758.
- LACKNER, Karl: Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung, JZ 1953, 428-432.
- LANG-HINRICHSSEN, Dietrich: Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages (München 1960), Band I (Gutachten), 3. Teil B, Tübingen 1960.
- LANGE, Richard: Der Strafanspruch des Staates und die Grenzen der Strafbarkeit, in: Probleme der Strafrechtsreform, Stuttgart 1963, 75-98.
- LARENZ, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin. Göttingen-Heidelberg 1960.
- LAUDIEN, Gisela: Der richterliche Vollstreckungsleiter im deutschen Strafprozeß, Diss. iur. (Münster), Münster 1963.
- LAUFER, Heinz: Typus und Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard LEIBHOLZ, 2. Band, Staats- und Verfassungsrecht, Tübingen 1966, 427-463.
- LAUN, Rudolf von: Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910.
- LEFRINGHAUSEN, Eckart: Untersuchungen zur materiellen Abgrenzung der Rechtsprechung von der Verwaltung, Diss. iur. (Bonn), Bonn 1961.
- LEGAS Y LACAMBRA, Luis: Rechtsphilosophie, Neuwied am Rhein und Berlin-Spandau 1965.
- LEIBHOLZ, G./RINCK, H. J.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1966.
- LEIPZIGER KOMMENTAR: Strafgesetzbuch, 2. Band, 8. Aufl., Berlin 1958.
- LEISS, Ludwig/WEINGARTNER, Friedrich: Handbuch der amtsgerichtlichen Praxis, Band IX, Strafvollstreckung, 2. Aufl., München und Berlin 1958.
- LENCKNER, Theodor: Der rechtfertigende Notstand, Tübingen 1965.
- LENT, Friedrich: Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZJP 66 (1953), 267-284.

- LENT, Friedrich/HABSCHEID, Walther: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4. Aufl., München und Berlin 1962.
- LENT, Friedrich/JAUERNIG, Othmar: Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München und Berlin 1966.
- LISZT, Franz von: Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, III. Band, Berlin 1908, 1-91.
- LISZT, Franz von: Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2. Band, Berlin 1905, 25-74.
- LOCKE, John: Two treatises of Civil Government (1690), London. New York (Dent/Dutton) 1966.
- LÖWE, E.: Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Berlin 1892.
- LÖWE, E./ROSENBERG, Werner: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 22. März 1924, 18. Aufl., Berlin und Leipzig 1929.
- LÖWE, E./ROSENBERG, Werner: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen,
1. Band, 21. Aufl., Berlin 1963 (I),
2. Band, 21. Aufl., Berlin 1965 (II).
- LOPPUCH, Ernst: Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt, NJW 1953, 1126-1129.
- LOSCHELDER, Wilhelm/SALZWEDEL, Jürgen: Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln und Berlin 1964.
- MAASSEN, Hermann: Erste Zweifelsfragen zum Strafrechtsbereinigungsgesetz, MDR 1954, 1-5.
- MANGOLDT, Hermann von: Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt a.M. 1953.
- MANGOLDT, Hermann von/KLEIN, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1957 (I),
Band II, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1964 (II).
- MAIER, Max: Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Partei oder als Träger eines öffentlichen Amtes, Diss. iur. (München), o.O. 1950.
- MALLMANN, W.: ... la bouche qui prononce les paroles de la loi? Glosse, JZ 1951, 245-246.
- MARCIC, René: Um eine Grundlegung des Rechts, in: Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965, 509-565.
- MARCIC, René: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957.
- MATTERN, Friedrich: Die "Wahrunterstellung" im Strafprozeß, Diss. iur. (Heidelberg), Bruchsaal 1933.
- MATTERN, Gerhard: Nochmals: Steuerstrafverfahren und Grundgesetz, MDR 1966, 378.
- MATTERN, Gerhard: Steuerstrafgerichtsbarkeit. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verhältnis von Verwaltung und Rechtspflege, StuW 27 (1950), 351-380.
- MATTERN, Gerhard: Verwaltungs- und gerichtliches Steuer-Strafverfahren, ZStrW 67 (1955), 363-427.
- MAUNZ, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 14. Aufl., München und Berlin 1965.

- MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter: Grundgesetz,
Band I, München und Berlin 1966,
Band II, München und Berlin 1966.
- MAURACH, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil
(AT), 3. Aufl., Karlsruhe 1965.
- MAURACH, Reinhart: Die Kriminalpolitischen Aufgaben der Straf-
rechtsreform, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentag-
es (München 1960), Band I (Gutachten), 3. Teil A, Tübingen
1960.
- MAYER, Hellmuth: Strafrechtsreform für heute und morgen, Ber-
lin 1962.
- MAYER, Max Ernst: Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin 1933.
- MAYER, Robert: Gerichtliche Entscheidung bei Strafunterbre-
chung, NJW 1962, 1429-1430.
- MEISTER, H.-G.: Mängel der neuen §§ 23 ff. StGB, DRiZ 1953,
218-219.
- MENGER, Christian-Friedrich: Das Gesetz als Norm und Maßnah-
me, VVDStLR 15 (Berlin 1957), 3-33.
- MENGER, Christian-Friedrich: Rechtssatz, Verwaltung und Ver-
waltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, 587-592.
- MENGER, Christian-Friedrich: System des verwaltungsgerichtli-
chen Rechtsschutzes, Tübingen 1954.
- MERKL, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien/Berlin 1927.
- MESSERER: Zum Begriff "Rechtsprechung" und "Richter", DRiZ
1954, 209-210.
- MEVES: Die Strafprozeß-Ordnung für das Deutsche Reich vom 1.
Februar 1877 und die Hinterlegungs-Ordnung vom 14. März 1879,
in: Lehrbuch des preußischen Rechts und Prozesses mit Rück-
sicht auf die Reichsgesetzgebung, das Gemeine Recht und den
Gemeinrechtlichen Prozeß, Heft IV, Breslau 1882.
- MEYER, Klaus: Strafaussetzung, Bewährung und Bewährungshilfe.
Ein Beitrag zur kriminalpolitischen Situation der Strafaus-
setzung zur Bewährung in der Bundesrepublik und West-Berlin,
Diss. iur. (Münster), Münster 1962.
- MEZGER, Edmund/BLEI, Hermann: Strafrecht I, 11. Aufl., Mün-
chen und Berlin 1965.
- MIDDENDORFF, Wolf: Der Strafrichter, Freiburg/Breisgau 1963.
- MITTEIS, Heinrich/LIEBERICH, Heinz: Deutsche Rechtsgeschich-
te, 7. Aufl., München und Berlin 1961.
- MITTELBACH, Hans: Die bedingte Entlassung (§ 26 StGB), JR
1956, 165-169.
- MITTELBACH, Hans: Die Strafaussetzung zur Bewährung durch den
Richter, JR 1955, 5-8.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et
de: De l'Esprit des lois (1748),
Band I, Paris (Classiques Garnier) 1961,
Band II, Paris (Classiques Garnier) 1961.
- MÜLLER-TOCHTERMANN: Freiwillige Gerichtsbarkeit zwischen Ver-
waltung und Rechtsprechung, DRiZ 1956, 4-7.
- MÜLLER, Hermann/SAX, Walter (KMR): Kommentar zur Strafprozeß-
ordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkei-
tengesetz, Band I, Strafprozeßordnung, 6. Aufl., Darmstadt
1966.
- MÜNZEL, Karl: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in
der neueren Entwicklung, ZZP 66 (1953), 334-386.

- NAWIASKY, Hans: Allgemeine Staatsrechtslehre, 3. Teil, Staatsrechtslehre, Einsiedeln. Zürich. Köln 1956.
- NAWIASKY, Hans: Bayerisches Verfassungsrecht, München, Berlin und Leipzig 1923.
- NEUMANN-DUESBERG, Horst: Gerichtliche Ermessenentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB, JZ 1952, 705-711.
- NIESE, Werner: Das Steuerstraßverfahren, ZStrW 70 (1958), 337-359.
- NIESE, Werner: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen, 1950.
- NIKISCH, Arthur: Arbeitsrecht, II. Band, Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, Tübingen 1959.
- NIKISCH, Arthur: Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952.
- NÖLDECKE, Wilhelm: Zur Neuregelung des Gnadenrechts, ZJBl 1949, 43-45.
- NOWAKOWSKI, Friedrich: Ist die Staatsanwaltschaft an die ständige oder gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden?, in: Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages (Karlsruhe 1964), Band I (Gutachten), Teil 2, München und Berlin 1964.
- NOTTBECK, Arvid von: Die Strafsanktionen des Staates und die Gesellschaft, in: Probleme der Strafrechtsreform, Stuttgart 1963, 48-74.
- NÜSE, Karl-Heinz: Zum Entwurf eines Strafrechtsbereinigungsgesetzes, JR 1952, 423-427.
- OETKER, Friedrich: Besprechung von: BENNECKE, Lehrbuch des deutschen Reichsstraßprozeßrechts, Breslau 1895, GGA 160 (1898), 602-641.
- PASCAL, Blaise: Pensées (1670), Paris 1962 (Librairie Générale Française).
- PASCHUKANIS, E.: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, Veröffentlichung der Kommunistischen Akademie in Moskau, Band 4, 3. russische Aufl., Wien-Berlin 1929.
- PETERS, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin. Göttingen. Heidelberg 1949.
- PETERS, Karl: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.6.1956, JZ 1957, 64-66.
- PETERS, Karl: Die Jugendarrestverordnung, ZStrW 60 (1941), 551-566.
- PETERS, Karl: Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen, Berlin 1932.
- PETERS, Karl: Grundprobleme der Kriminalpädagogik, Berlin 1960.
- PETERS, Karl: Grundsätzliches über Erziehung und Strafe, in: Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe, Stuttgart 1961, 62-71.
- PETERS, Karl: In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Straßgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)?, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages (Berlin 1955), Band I (Gutachten), 2. Halbband, Tübingen 1955, 1-56.
- PETERS, Karl: Straßprozess, 2. Aufl., Karlsruhe 1966.

- PLATON: Sämtliche Werke (Übertragung von SCHLEIERMACHER), Band 3, Politeia, Leck/Schleswig (Rowohlt) 1967.
- POHLMANN, Hans: Strafvollstreckungsordnung, 4. Aufl., Bielefeld 1967.
- POTRYKUS, Gerhard: Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, Nürnberg und Düsseldorf 1952.
- PRÉLOT, Marcel: Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, 3. Aufl., Paris 1963.
- PROTOKOLLE der Justiz-Kommission des Deutschen Reichstags, betreffend die Berathung der Strafprozeßordnung und des Einführungsgesetzes (Prot.), Berlin 1876.
- RADBRUCH, Gustav: Autoritäres oder soziales Strafrecht, in: Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts, Göttingen 1957, 63-79.
- RADBRUCH, Gustav: Der Erziehungsgedanke im Strafwesen, ZStV 1952/53, 154-162.
- RADBRUCH, Gustav: Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl., Stuttgart 1952.
- RADBRUCH, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963, 347-357.
- RADBRUCH, Gustav: Lieb der Gerechtigkeit und Gemeiner Nutz, in: Elegantie Juris Criminalis, 2. Aufl., Basel 1950, 70-89.
- RADBRUCH, Gustav: Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932, 6. Aufl., Stuttgart 1963.
- RADBRUCH, Gustav: Zur Einführung in die Carolina, in: Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532, Stuttgart 1962.
- REDEKER, Konrad/OERTZEN, Hans-Joachim von: Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Stuttgart 1965.
- REH, H.-J.: Anmerkung zum Beschluß des OLG Köln vom 1.2.1953, NJW 1954, 484-485.
- REIGL, Otto: Sinn der Strafe und Strafrechtsreform, ZStrW 73 (1961), 634-645.
- RIEDEL, H.: Jugendgerichtsgesetz, München 1965.
- RINTELEN, V.: Systematische Darstellung des gesammelten neuen Prozeßrechts einschließlich des Gerichtsverfassungsrechts in seiner Gestaltung für die ordentlichen Gerichte des ganzen Preussischen Staats, Band I, Breslau 1881.
- ROSENBERG, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961.
- ROTHER, Gerhard: Richterliches Ermessen und Gestaltungswirkung, AcP 151 (1950/51), 33-42.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques: Du Contrat social (1762), Paris (Union Générale d'Éditions, 10/18) 1963.
- ROXIN, Claus: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377-387.
- RÜMELIN, Max: Die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921.
- RÜMELIN, Max: Die Gerechtigkeit, Tübingen 1920.
- RUMPF, Helmut: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14 (Berlin 1956), 136-171.

- SARSTEDT, Werner: Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., Essen 1962.
- SARSTEDT, Werner: In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)?, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages (Berlin 1955), Band II (Sitzungsberichte), Teil D, Zweite Abteilung, Tübingen 1956, 29-53.
- SARTRE, Jean-Paul: L'être et le néant. Essai d'ontologie phénoménologique, Paris (Gallimard) 1948.
- SARWEY, O. von: Allgemeines Verwaltungsrecht, in: Handbuch des öffentlichen Rechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 2. Halbband, Freiburg i.B. und Tübingen 1884.
- SAUER, Wilhelm: Strafvollzug und Vollstreckungsrecht, ZStrW 49 (1929), 533-585.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich: Jugendstrafrecht, Stuttgart 1959.
- SCHELCHER, Walter: Justiz und Verwaltung, Leipzig 1919.
- SCHELLING, Hermann: Verwaltungsakt und richterliche Entscheidung bei präventivpolizeilichen Freiheitsentziehungen nach Art. 104 des Grundgesetzes, Diss. iur. (Heidelberg), o.O. 1956.
- SCHUEERLE, Wilhelm A.: Rechtsanwendung, Nürnberg und Düsseldorf 1952.
- SCHUEURER, Ulrich: Aussprache über "Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung", VVDStRL 14 (Berlin 1956), 181-187.
- SCHUEURER, Ulrich: Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf SMEND, Göttingen 1952, 253-301.
- SCHUEURER, Ulrich: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Verfassungsrecht der Bundesrepublik, DVBl 1952, 615-620.
- SCHUEURER, Ulrich: Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl 1952 293-298.
- SCHILLING, Werner: Religion und Recht, Stuttgart 1957.
- SCHMIDT, Eberhard: Die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959, München und Berlin 1960.
- SCHMIDT, Eberhard: Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz, DRiZ 1957, 273-283.
- SCHMIDT, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965.
- SCHMIDT, Eberhard: Eröffnungsansprache auf der Tagung der Arbeitsgemeinschaft zur Reform des Strafvollzuges in Wolfenbüttel am 5. April 1951, ZStrW 64 (1952), 1-16.
- SCHMIDT, Eberhard: Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit in Geschichte und Gegenwart der Strafrechtspflege, in: Justitia fundamentum regnum, Heidelberg 1947, 75-98.
- SCHMIDT, Eberhard: Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStrW 69 (1957), 359-396.
- SCHMIDT, Eberhard: Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl., Göttingen 1964,

- Teil II, Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung, Göttingen 1957,
 Teil III, Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz und zum Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, Göttingen 1960.
- SCHMIDT, Eberhard: MONTESQUIEU'S "Esprit des lois" und die Problematik der Gegenwart von Recht und Justiz, in: Festschrift für Wilhelm KISSELBACH, Hamburg 1947, 177-210.
- SCHMIDT, Eberhard: Probleme der richterlichen Unabhängigkeit, DRiZ 1962, 401-407.
- SCHMIDT, Eberhard: Probleme der richterlichen Verantwortung, DRiZ 1963, 376-384.
- SCHMIDT, Eberhard: Probleme des staatlichen Strafans in der Gegenwart, in: Justitia fundamentum regnorum, Heidelberg 1947, 51-74.
- SCHMIDT, Eberhard: Richtertum, Justiz und Staat, JZ 1953, 321-326.
- SCHMIDT, Eberhard: Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStrW 67 (1955), 177-195.
- SCHMIDT, Eberhard: Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde,
 Teil I, MDR 1964, 629-633,
 Teil II, MDR 1964, 713-718.
- SCHMIDT-RÄNTSCH, Günther: Deutsches Richtergesetz, München und Berlin 1962.
- SCHNEIDER, Peter: Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, ArchÖR 1957, 1-27.
- SCHNITZERLING, Manfred: Von den Bewährungsaufgaben und den Grenzen richterlicher Zuständigkeit, besonders aus verkehrsstrafrechtlicher Sicht, MDR 1957, 201-203.
- SCHÖNKE, Adolf: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst: Strafgesetzbuch, 13. Aufl., München und Berlin 1967.
- SCHORN, Hubert: Strafgewalt der Finanzämter, DR 1965, 171-172.
- SCHRÖDER, Horst: Bedingte Verurteilung, NJW 1952, 6-10.
- SCHRÖDER, Horst: Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages (München 1960), Band II (Sitzungsberichte), Teil E, 3. Abteilung, Tübingen 1962, E 3-22.
- SCHRÖDER, Horst: Gesetz und Richter im Strafrecht, Kiel 1953.
- SCHRÖDER, Horst: In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)?, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages (Berlin 1955), Band I (Gutachten), 2. Halbband, Tübingen 1955, 61-99.
- SCHÜLE, Adolf: Der streitentscheidende Verwaltungsakt, in: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, 10 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Stuttgart 1957, 277-297.
- SCHUNCK, E./de CLERCK, H.: Verwaltungsgerichtsordnung, Siegburg 1961.

- SCHWAB, Leopold: Das Verhältnis der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur streitigen Gerichtsbarkeit - eine Frage der Verfahrensart, Diss. iur. (Bonn), Bonn 1960.
- SCHWARZ, Fritz/(WESTERMANN, Harry): Bericht über die Tagung deutscher Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich vom 17. bis 19. Oktober 1952, von: WESTERMANN, Harry: Die richterliche Ermessensentscheidung als Erscheinung des materiellen Rechts, AcP 152 (1952/53), 445-457.
- SCHWARZ, Otto/DREHER, Eduard: Strafgesetzbuch, 28. Aufl., München und Berlin 1966.
- SCHWARZ, Otto/KLEINKNECHT, Theodor: Strafprozeßordnung, 27. Aufl., München und Berlin 1967.
- SEIBERT, Claus: Zur Teilrechtskraft im Strafverfahren, NJW 1961, 10.
- SIEBERT, Karl: Sachliche Unabhängigkeit des Staatsanwalts?, DRiZ 1956, 224-227.
- SIEVERTS, Rudolf: Zur kriminalpolitischen Wirkung des Jugendarrestes, in: Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard KOHLRAUSCH, Berlin 1944, 75-100.
- SIEVERTS, Rudolf: Zur Notwendigkeit und Gestaltung der Gerichtshilfe im allgemeinen Strafverfahren, MSchKrim 1953, 129-156.
- SIMON: Diskussionsbeitrag zu: Freiherr von MÜNCHHAUSEN, Das Bild des Richters in Verfassung und Wirklichkeit, in: Rechtspolitische Konferenz der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands, Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf 1966, 58-86.
- SOMLO, Felix: Juristische Grundlehre, 2. Aufl., Leipzig 1927.
- SPENDEL, Günter: Zur Lehre vom Strafmaß, Frankfurt am Main 1954.
- STAHL, Friedrich Julius: Die Philosophie des Rechts, Band II, Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, Abtheilung II, 4. Buch, Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts, 4. Aufl., Heidelberg 1870.
- STEIN, Friedrich: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912.
- STEIN, Friedrich/JONAS, Martin/SCHÖNKE, Adolf/POHLE, Rudolf: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 1, 18. Aufl., Tübingen 1953.
- STIER-SOMLO, Fritz: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, in: Festgabe für Paul LABAND, II. Band, Tübingen 1908, 445-514.
- STÖLZEL, Adolf: Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien, Band 1, Aalen 1964, Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1872.
- STREE, Walter: Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, Tübingen 1960.
- STUMPF, Karl: Abgrenzung der Vollstreckung und des Vollzugs der Strafen, insbesondere die Stellung der Strafvollzugsbehörden, BlfGefK 63 (1932), 3-79.
- STUMPF, Karl: Abgrenzung der Vollstreckung und des Vollzugs der Strafen und der mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßnahmen der Besserung und Sicherung, BlfGefK 64 (1933), 3-110.

- TIEDEMANN, Klaus: Die normative Grundlage des deutschen Strafvollzuges, NJW 1967, 87-91.
- TIEDEMANN, Klaus: Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht, Bonn 1963.
- THOMA, Richard: Die Funktionen der Staatsgewalt. Grundbegriffe und Grundsätze, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, Tübingen 1932, 108-159.
- THOMAS DE AQUINO: Thomae Aquinatis Opera omnia, Studio ac labore Stanislai Eduardi FRETTE et Pauli MARÉ, Volumen tertium, Summa theologica, Continuatio primae partis secundae et secunda pars secundae, Paris 1889.
- TILLMANN, Wolfgang: Nochmals: Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, MDR 1960, 640-641.
- TOCQUEVILLE, Alexis de: De la Démocratie en Amérique, Buch I (1835), Paris (Union Générale d'Éditions, 10/18) 1960.
- TRIEPEL, Heinrich: Die Reichsaufsicht, Darmstadt 1964, Nachdruck der Ausgabe Berlin 1917.
- TROLLER, Alois: Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main. Berlin 1965.
- TUREGG, Egon Freiherr von: Gerichte, NJW 1953, 1201-1204.
- ULE, Carl Hermann: Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 19.2. 1957, JZ 1958, 628-630.
- ULE, Carl Hermann: Empfiehlt es sich, die Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts über den Rechtsschutz zu ändern und zu ergänzen?, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages (Essen 1966), Band I (Gutachten), Teil 4, München und Berlin 1966.
- ULE, Carl Hermann: Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Band I, Zweiter Halbband, 2. Aufl., Köln. Berlin. München. Bonn 1962.
- ULLMANN, Emanuel: Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts, München 1893.
- ULSAMER, Gerhard: Auflagen und Weisungen bei der Strafaussetzung zur Bewährung, Diss. iur. (Freiburg i.B.), Freiburg i.B. 1962.
- VITU, André: Procédure Pénale, Paris 1957.
- VOLTAIRE (AROUET, François-Marie): Commentaire sur le livre des délits et des peines (1766), in: Mélanges, Dijon (Gallimard) 1961.
- VRIJ, M.-P.: L'influence de la Criminologie sur l'évolution du Procès Pénal, RevdScCr 1952, 223-246.
- VRIJ, M.-P.: Zum Problem der Strafaussetzung, ZStrW 66 (1954), 218-235.
- WAGNER, Albrecht: Der Richter. Geschichte, aktuelle Fragen, Reformprobleme, Karlsruhe 1959.
- WAGNER, Walter: Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte, NJW 1963, 8-11.
- WALTER, Manfred: Gewaltentrennung und -verbindung im Hinblick auf die Gerichtsbarkeit, Diss. iur. (Wien), Wien 1966.
- WARDA, Günter: Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln. Berlin. Bonn. München 1962.
- WEBER, Hellmuth von: Zur Reform des akademischen Disziplinarrechts, DVB1 1958, 297-300.

- WEBER, Werner: Das Richtertum in der deutschen Verfassungsordnung, in: Festschrift für Hans NIEDERMEYER, Göttingen 1953, 261-277.
- WEBER, Werner: Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl SCHMITT, Berlin 1959, 253-272.
- WEINKAUFF, Hermann: Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1960, 1689-1696.
- WELZEL, Hans: Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., Berlin 1965.
- WELZEL, Hans: Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962.
- WELZEL, Hans: Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Festschrift für Hans NIEDERMEYER, Göttingen 1953, 279-294.
- WELZEL, Hans: Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, in: Probleme der Strafrechterneuerung, Festschrift für Eduard KOHLRAUSCH, Berlin 1944, 101-119.
- WESSELS, Johannes: Zur Vollstreckung von Ordnungsstrafen und Erzwingungshaftbeschlüssen durch den Strafrichter, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth MAYER, Berlin 1966, 587-602.
- WESTERMANN, Harry: Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955.
- WIEACKER, Franz: Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe 1958.
- WILKE, Reinhard: Die Rechtsstellung des Richters und der "Entwurf eines deutschen Richtergesetzes" von 1958, Diss. iur. (Köln), o.O. 1960.
- WOLANY, Josef: Von der Aufgabe und der Bedrängnis des Richters auf Grund seiner "rechtsprechenden Gewalt", DRiZ 1959, 301-306.
- WOLFF, Hans J.: Die Gerechtigkeit als principium iuris, in: Festschrift für Wilhelm SAUER, Berlin 1949, 103-120.
- WOLFF, Hans J.: Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München und Berlin 1965.
- WÜRTENBERGER, Thomas: Über die Rechtsnatur der Bewährungshilfe im Strafrecht, MDR 1955, 9-13.
- ZINN, G. A.: Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, in: Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages (Köln 1949), Tübingen 1950 (Sonderdruck), 46-68.
- ZIPPELIUS, Reinhold: Rechtsphilosophie, in: Evangelisches Staatslexikon, Berlin 1966, 1666-1711.
- ZWENGEL, Otto: Das Strafverfahren in Deutschland von der Zeit der Carolina bis zum Beginn der Reformbewegung des 19. Jahrhunderts, Bad Homburg o.J.

Vorbemerkung

Gegenstand der Arbeit ist der materielle Begriff der Rechtsprechung, den die Art. 92, 20 Abs. 2 Satz 2 GG voraussetzen. Trotz einer kaum zu überblickenden Anzahl wissenschaftlicher Beiträge zum Rechtsprechungsbegriff ist die Diskussion darüber, was man unter "Rechtsprechung" im materiellen Sinn zu verstehen hat, noch nicht abgeschlossen.

Viele sprechen der Rechtsprechungsfunktion überhaupt jeden eigenen materiellen Gehalt ab. Andererseits wird immer wieder verkannt, daß das Rechtsprechen formelle und materielle Merkmale aufweist, die deutlich voneinander zu trennen sind. Schließlich ist unklar geblieben, w e l c h e Funktionsmerkmale formellen oder materiellen Charakter haben.

Das rechtfertigt den erneuten Versuch, Motiv, Struktur und Ausrichtung der rechtsprechenden Tätigkeit aus sich selbst heraus, d.h. ohne Rückgriff auf ihre formalen Begleiterscheinungen, zu entwickeln. Soweit dabei die verwaltende Funktion mit der rechtsprechenden in Berührung kommt, soll eine Abgrenzung vorgenommen werden.

Die Untersuchung wird vornehmlich strafrichterliche Aufgaben berücksichtigen. Im letzten Abschnitt soll sie die vorgefundenen materiellen Kriterien unter Beweis stellen, und zwar anhand der Tätigkeiten, die dem Strafrichter im zeitlichen Bereich der Vollstreckung übertragen wurden.

1. Abschnitt

Einführung: Notwendigkeit und Bedeutung einer materiellen Begriffsbestimmung

Art. 92 GG vertraut die rechtsprechende Gewalt den Richtern an, ohne darüber Auskunft zu geben, was die rechtsprechende Gewalt eigentlich ausmacht. An der vom Grundgesetzgeber gewählten Formulierung fällt auf, daß das Zuordnungsobjekt "rechtsprechende Gewalt" zwei Begriffe enthält: Den der "Rechtsprechung" und den der (staatlichen) "Gewalt". Beide sind sorgsam auseinanderzuhalten. Es wird sich herausstellen, daß der Begriff der Staatsgewalt ungeeignet ist, etwas zur Klärung des Funktionsbegriffes "Rechtsprechung" beizutragen.

Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG differenziert feiner: Er führt - neben den anderen Staatsgewalten - die "Rechtsprechung" unter begrifflicher Sonderung vom Attribut "Gewalt" auf; sie wird als solche einer besonderen Organgruppe zugewiesen und von dieser als "Gewalt" ausgeübt. Was "Rechtsprechung" ist, läßt auch Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG offen; die beiden anderen Gewalten, die "Gesetzgebung" und die "vollziehende Gewalt", bleiben gleichfalls unbestimmt.

Hätten die Sachverständigen des Verfassungskonvents das Unmögliche möglich gemacht und die Ausdrucksformen staatlicher Gewalt in dem engen Rahmen einer Verfassungsnorm begrifflich definiert, so wären diese Definitionen sicher in Art. 20 GG als "sedes materiae" der drei Staatsgewalten¹ aufgenommen worden. Folgerichtig erscheint in keiner anderen Be-

¹ Von MANGOLDT/KLEIN, Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1957, Anm. 5 b zu Art. 20; MAUNZ/DÜRIG, Grundgesetz, Band I, München und Berlin 1966, Anm. 74 zu Art. 20.

stimmung des Grundgesetzes ein Umriß dessen, was Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung ihrem Wesen nach sind². Trotzdem geht das Grundgesetz - auch in seiner Struktur - von der Eigenart dieser drei Funktionen aus³. Es scheint vorauszusetzen, daß die Grundformen staatlichen Tuns m a t e r i e l l bestimmt oder zumindest bestimmbar sind.

Unbestritten ist das nicht. Den materiellen Funktionsbegriffen werden bekanntlich f o r m e l l e gegenübergestellt. Mit anderen Worten: Man ist der Ansicht, die Eigenart staatlicher Funktionen lasse sich schon aufgrund der Formen ihres äußerlichen Erscheinens ermitteln; Anhaltspunkte böten etwa die Verfahren, in denen sie ablaufen, oder die Außenwirkungen, die sie zeitigen, oder gar die historische Tatsache, daß sie seit langem einem bestimmten Funktionsträger zugeordnet sind. Ein Rückgriff auf das Funktionswesen, auf den inneren Aufbau, den Gegenstand der Funktion erübrige sich. Wo das Grundgesetz von Funktionen spreche, meine es formelle.

So erklärt man auch den Rechtsprechungsbegriff des Art. 92 GG formell⁴. Um in die damit aufgeworfene Problematik einzu-

2 Die Weimarer Reichsverfassung und die Reichsverfassung von 1871 sahen ebenfalls davon ab, die Erscheinungsformen staatlicher Tätigkeiten zu beschreiben; vgl. dazu ANSCHÜTZ, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Darmstadt 1960, Nachdruck der 14. Aufl., Berlin 1933, 479 und dort Fn.2; LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 3, Aalen 1964, Nachdruck der 5. Aufl., Tübingen 1913, 366 ff (369).

3 Art. 1 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG und die Abschnitte VII, VIII und IX des GG. Außerdem sichert das in Art. 28 GG festgelegte Rechtsstaatsprinzip die Trennung der Gewalten. Vgl. für viele KRUSE, Das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die Unabhängigkeit des Richters, Diss., München 1964, 4 f.

4 Z.B. SCHEUNER, Aussprache über "Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung", VVDStRL 14 (1956), 181 (185 f); WALTER, Gewaltenteilung und -verbindung im Hinblick auf die Gerichtsbarkeit, Diss., Wien 1966, 16, 91 ff; GRÖPL, Zum Begriff der Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 des Bonner Grundgesetzes, Diss., o.O. 1957, 8 f; WILKE, Die Rechtsstellung des Richters und der "Entwurf eines deutschen Richtergesetzes" von 1958, Diss., o.O. 1960, 90. Im einzelnen vgl. den Abschnitt 4 der Untersuchung.

führen, sei zu zwei - wohl typischen - Gedankengängen kurz Stellung genommen: GRÖPL⁵ schreibt, vom Standpunkt einer formellen Interpretation aus könne sich Art. 92 GG in der verfassungsrechtlichen, gleichsam konsolidierenden Zuweisung der Aufgaben erschöpfen, die den Gerichten im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes schon zukamen. Ein vergleichbarer Gedanke beschäftigt WILKE⁶. Er stellt auf den Zusammenhang des Art. 92 GG mit Art. 97 GG ab und meint, Art. 92 GG vertraue den gem. Art. 97 GG unabhängigen Richtern "nicht etwa eine ohne Bedacht auf die organisatorische Zuweisung definierbare materielle Funktion mehr oder weniger willkürlich" an.

Dagegen ist einzuwenden: Die Annahme, Art. 92 GG habe lediglich die Konsolidierung aller 1949 bestehenden richterlichen Kompetenzen "von Verfassungs wegen" bewirkt, verbietet sich schon aus folgendem Grund: Der Grundgesetzgeber hätte damit den richterlichen Aufgabenbereich abschließend und auf Dauer abgesteckt; eine Beschneidung gesetzlich bestimmter Zuständigkeiten zugunsten anderer staatlicher Gewaltträger, etwa der Verwaltung, wäre entweder im Hinblick auf Art. 79 Abs. 3 GG unzulässig oder nur auf dem mühsamen Wege der Grundgesetzänderung möglich. Das würde beispielsweise bedeuten, daß der Gesetzgeber die richterliche Vollstreckungszuständigkeit hinsichtlich der nach § 47o AO gebildeten Ersatzfreiheitsstrafe oder die gem. § 1 HausratsVO dem Richter obliegende Hausratverteilung ein für alle Male dem Richter belassen müsse. Andererseits hätte diese formelle, das Funktionswesen übergehende Auslegung die Konsequenz, daß die traditionellen, im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes der Verwaltung zugewiesenen Aufgaben ebenfalls als "eingefroren" anzusehen wären. Zuständig-

5 9.

6 9o.

keitsverlagerungen, die ja durchaus nicht ungewöhnlich sind⁷ und in Grenzen einem legitimen Bedürfnis der Praxis entsprechen, wären ausgeschlossen. Unter welchen Gesichtspunkten schließlich sollten neue Aufgaben auf die Gewalten verteilt werden? Es liegt auf der Hand, daß diese - sich auf historische Tatbestände stützende - Interpretation nicht die von Art. 92 GG bezweckte Funktionszuordnung erfaßt.

WILKEs Ansicht, die den gem. Art. 97 GG unabhängigen Richtern durch Art. 92 GG anvertrauten "materiellen" Funktionen ließen sich nicht "ohne Bedacht auf die organisatorische Zuweisung" qualifizieren, läuft ebenfalls auf eine formelle Funktionsbestimmung hinaus: Der materielle Inhalt zuzuweisender Funktionen läßt sich nicht aus deren organisatorischer Zuweisung entnehmen. Im Ergebnis heißt das nichts weiter, als daß den Richtern in Art. 92 GG das zugewiesen ist, was ihnen (bislang) wegen ihrer Unabhängigkeit zugewiesen wurde. WILKE erliegt damit der Zweideutigkeit einer mit dem Merkmal der richterlichen Unabhängigkeit in Verbindung gebrachten historischen Funktionsbestimmung, auf die noch einzugehen sein wird.

Art. 92 GG setzt einen materiellen, gegenständlichen Recht-

⁷ Ein augenfälliges Beispiel bietet die unterschiedliche Beteiligung des Richters an der Jugendstrafvollstreckung im JGG von 1923, im RJGG von 1943 und im JGG von 1953. Vgl. dazu SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, 2. Band, Berlin 1965, Anm. IV 2 a zu § 451; WESSELS, Zur Vollstreckung von Ordnungsstrafen und Erzwingungshaftbeschlüssen durch den Strafrichter, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth MAYER, Berlin 1966, 587 (597, Fn. 40).

sprechungsbegriff voraus^{8,9}. Dieses zwingende Verfassungsgebot kann auch nicht mit dem Hinweis umgangen werden, ein materieller Begriff lasse sich auf dogmatischem Wege nicht oder nur für einen Teil der vom Richter seit jeher ausgeübten Tätigkeiten ermitteln¹⁰. Etwas Gegenständliches wird nicht deswegen unbeachtlich, weil es sich nicht auf Anknüpfung geläufigen begrifflichen Kategorien einordnen läßt.

In seiner Bindung an Art. 97 GG enthält Art. 92 GG eine der bedeutendsten rechtsstaatlichen Sicherungen unseres Verfassungssystems: Die Ausübung der Rechtsprechung durch sachlich und persönlich unabhängige Richter. Würde man sich damit begnügen, die rechtsprechende Tätigkeit nach rein formalen Kriterien zu bestimmen, stieße Art. 92 GG ins Leere¹¹. Was den Richtern zustünde, würde sich dann letztlich nicht vom unveränderlichen Wesen, sondern vom veränderlichen Äußeren ihrer Tätigkeit her bestimmen. Es wäre paradox, eine Funktion, die anhand formeller Kriterien zu ermitteln ist, verfassungsrechtlich abzu-

8 BACHOF, Aussprache über "Verwaltung und Verwaltungsrechtssprechung", VVDStRL 14 (1956), 174 (178); NIESE, Das Strafverfahren, ZStrW 70 (1958), 337 (352); WESSELS, 592; FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1966, 5; BVerfG, Beschl. vom 8.2.1967, NJW 1967, 1123 (1123); zw. OLG Köln, Beschl. vom 28.3.1966, NJW 1966, 1761 (1762). ARNDT, Rechtsprechende Gewalt und Strafkompentenz, in: Festgabe für Carlo SCHMID, Tübingen 1962, 5 (9), spricht von seinem "materialen" Begriff, den er auch BACHOF, a.a.O., unterstellt.

9 ULE, Anm. zum Urteil des BVerwG vom 19.2.1957, JZ 1958, 628 (628), folgert die Voraussetzung eines materiellen Rechtssprechungsbegriffes schon aus dem Wortlaut des Art. 92 GG. Andernfalls würde seiner Ansicht nach Art. 92 GG den Wortlaut haben: "Alle Aufgaben, die den Richtern durch die Gesetze zugewiesen werden, sind den Richtern anvertraut". Der Grundgesetzgeber habe sich in einem so wichtigen Punkt nicht einer "inhaltsleeren Tautologie" bedienen wollen.

10 ARNDT, Rechtsprechende Gewalt, 9 f; ULE, Anmerkung, 628.

11 So BACHOF, Aussprache, 178.

sichern: Da förmliche Merkmale - wie etwa die gesetzlichen Regelungen des zur Entscheidung führenden Verfahrens - wandelbar sind, hätte es der einfache Gesetzgeber in der Hand, auf den Funktionsbereich der Rechtsprechung mit seinen Mitteln, beispielsweise durch Erlass entsprechender verfahrensrechtlicher Bestimmungen, Einfluß zu nehmen. Der Gesetzgeber würde mittelbar, ohne Eingriff in das abstrakte Zuständigkeitssystem des Grundgesetzes, festlegen können, was Rechtsprechung ist. So ließe eine den Prozeßordnungen angeglichenen, als Parteiverfahren konstruierte, die Grundsätze der Unmittelbarkeit, des rechtlichen Gehörs usw. beachtende Verwaltungsverfahrensordnung¹² die Tätigkeit der Verwaltungsbehörde plötzlich als Rechtsprechung, den Verwaltungsakt als Urteil erscheinen¹³. Umgekehrt bliebe es dem Gesetzgeber unbenommen, rechtsprechende Funktionen metamorph als verwaltende zu gestalten. Zwar bildet neben Art. 92 GG auch Art. 19 Abs. 4 GG eine Sperre gegen die Aufhebung der rechtsprechenden Gewalt; da er jedoch die Rechtsprechung nicht konstituiert, vielmehr von ihrer Existenz ausgeht, muß auch in ihn der Begriff der Rechtsprechung hineininterpretiert werden: Bei formeller Betrachtung wäre seine Sperrwirkung weitgehend bloße Theorie. Die Verfassung will aber keine Förmlichkeiten sichern, sondern das Prinzip, das dahintersteckt¹⁴, in diesem Fall also die Gewalten- und Funktionenteilung.

Gerade das Bemühen um eine institutionelle Sicherung der rechtsprechenden Gewalt beweist, welchen Wert der Grundgesetz-

12 Vgl. z.B. das österreichische Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz vom 1.1.1926, das in starkem Maße den allgemeinen prozeßrechtlichen Grundsätzen angepaßt ist: BECKER, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, Stuttgart/Bruxelles 1960, 62 ff.

13 Deswegen fordert BECKER, 29 f, der zwischen Verwaltungshandeln und Rechtsprechung keine wesentlichen Unterschiede sieht, eine völlige Gleichheit der Gerichts- und Verwaltungsverfahren.

14 Vgl. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963, 218.

geber in Wirklichkeit auf den Bestand der vorausgesetzten materiellen Rechtsprechungsfunktion legte. Das Grundgesetz ordnet in Art. 92 die Rechtsprechung den Richtern ohne Vorbehalt und ausnahmslos zu; eine Übertragung rechtsprechender Aufgaben auf Organe der Verwaltung verletzt das richterliche Rechtsprechungsmonopol und ist mithin verfassungswidrig¹⁵.

Ein materieller Funktionsbegriff der Rechtsprechung steht korrelat zu materiellen Begriffen der beiden anderen Gewalten. Wenn das Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 verschiedenartige materielle Funktionen als gegeben und verteilbar ansieht, bedient es sich ihrer als Hilfe: Es ordnet vor-gegebene Ausdrucksformen staatlicher Tätigkeit bestimmten Organgruppen zu. Die Differenzierung staatlicher Organisation in "Gewalten" ist vom Ursprung her erst deswegen sinnvoll, weil materielle Funktionsbegriffe vorausgesetzt werden¹⁶.

Die Bindung an materielle Funktionsbegriffe gilt nicht nur für den Verfassungsgesetzgeber. Auch der einfache Gesetzgeber verläßt sich auf das Wesen einer Funktion, wenn er sie in Vollständigung der Verfassungsordnung einer Gewalt gesetzlich zu-

15 BVerwG, Urt. vom 13.6.1959, DVBl 1959, 740 (740); BGH, Urt. vom 9.5.1956, BGHZ 20, 323 (337); ARNDT, Anm. zum Urt. des BGH vom 21.4.1959, NJW 1959, 1230 (1230); Rechtssprechende Gewalt, 25; NIESE, Das Steuerstrafverfahren, 325; JÄHRREISS, Das "Wesen" des Rechtsprechens als Argument des Bundesverfassungsgerichts in einer sehr umstrittenen Entscheidung, in: Festschrift für Heinrich LEHMANN, Band I, Berlin·Tübingen·Berlin·Berlin und Frankfurt a.M. 1956, 62 (64); HABSCHEID, Steuerstrafverfahren und Grundgesetz, MDR 1966, 1 (5) m.w.N.; vgl. jedoch BVerwG, Urt. vom 19.2.1957, JZ 1958, 625 (626); zw. von TUREGG, Gerichte, NJW 1953, 1201 (1202).

16 Vgl. EICHENBERGER, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, 2.

teilt, d.h. eine Zuständigkeit begründet¹⁷.

Gelegentlich überträgt der Verfassungsgesetzgeber oder der Gesetzgeber einer Gewalt Funktionen, die dieser nicht eigentümlich sind. Diese Praxis - so sehr sie auch die Ermittlung eines "rein" materiellen Funktionsbegriffes kompliziert - spricht natürlich nicht gegen die Existenz unterschiedlich gearteter materieller Funktionen¹⁸. Sie ist bedenklich, wenn das Wesen der Funktion mißdeutet wird. Sie kann jedoch sinnvoll sein, wenn die Funktion bewußt einer inadäquaten Gewalt unterstellt wird, um deren institutionellen Modalitäten auszunutzen. Bezeichnend sind die Fälle, in denen verwaltende Funktionen den Organen der rechtsprechenden Gewalt zugeordnet werden, weil deren durch Art. 97 GG gesicherte sachliche und persönliche Unabhängigkeit einen der Bedeutung und Auswirkung der Funktion angemessenen Schutz verspricht. In ihrem äußeren Erscheinungsbild wirken diese Funktionen dann wie rechtsprechende, obwohl sie ihrer Natur zuwider nur als solche modelliert sind.

Der Kompetenzbereich der Gerichte ist demnach nicht auf die Rechtsprechung im materiellen Sinn beschränkt; in ihn sind Auf-

17 EICHENBERGER, 2 f. Ob allerdings - wie EICHENBERGER, 3, annimmt - V o l l z u g s organe auf materielle Funktionsbegriffe d i s t r i b u t i v zurückgreifen können, darf bezweifelt werden. Die Verwaltung verteilt keine Zuständigkeiten. Lücken in der Kompetenzordnung sind nicht von der Verwaltung, sondern positiv-rechtlich vom Gesetzgeber auszufüllen. Die Verwaltung kann bestenfalls unverteilte oder neue staatliche Obliegenheiten vorsorglich wahrnehmen, nicht jedoch einem Organ oder gar einer anderen Organgruppe verbindlich "zur Erfüllung zuweisen".

18 EICHENBERGER, 1, Fn. 2; vgl. die Beispiele für eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltenteilung bei MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, 14. Aufl., München und Berlin 1965, 228 f.

gaben eingedrungen, die - obgleich verwaltender, ja sogar gesetzgebungsähnlicher Natur - wie rechtsprechende behandelt werden. Schließlich sind die Gerichte auch unverfälscht verwaltend tätig.

Gerade diese funktionale Mehrschichtigkeit oder Nebenordnung zwingt dazu, den materiellen Gehalt der Tätigkeiten gegeneinander abzustecken¹⁹.

Einige wenige Beispiele mögen verdeutlichen, welchen Einfluß die Qualifikation staatlicher Funktionen auf die Arbeit des Richters nimmt:

Die Unabhängigkeitsgarantie des Art. 97 GG erstreckt sich ausschließlich auf die richterlichen Funktionen, die "echte" Rechtsprechung darstellen oder - unter Leugnung ihrer Herkunft - wie rechtsprechende ausgeübt werden. Ist der Richter dagegen mit Aufgaben betraut, die ihrem Wesen nach verwaltend sind und ihm als solche belassen wurden, gerät er grundsätzlich in Abhängigkeit²⁰. So ist der Richter bei der Wahrnehmung von Aufgaben der Justizverwaltung²¹ und innerhalb der amtsrichterlichen Strafvollstreckung nach § 451 Abs. 3 StPO den Weisungen der vorgesetzten Behörde unterworfen²².

19 WOLANY, Von der Aufgabe und der Bedrängnis des Richters auf Grund seiner "rechtsprechenden Gewalt", DRiZ 1959, 301 ff, zeigt, in welchen Situationen der Richter sich tagtäglich vergewissern muß, was er eigentlich tut.

20 Eine Ausnahme macht die gerichtliche Selbstverwaltung, d.h. der innerorganisatorische Aufgabenbereich der Gerichte (Einrichtung und Bestellung von Spruchkörpern, Geschäftsverteilung usw.), vgl. Hans J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 6. Aufl., München und Berlin 1965, 76, der diesen Bereich "Rechtsprechungsverwaltung" nennt.

21 Dazu gehören die Justizausbildung, die Dienstaufsicht, die Ernennung und Entlassung von Beamten. Vgl. die Beispiele bei Hans J. WOLFF, I, a.a.O.

22 Vgl. für § 451 Abs. 3 StPO: RG, Urt. vom 24.4.1891, RGStE 21, 424 (426 f); SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 3 vor § 449 und Anm. IV 2 a zu § 451; Eberhard SCHMIDT, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl., Göttingen 1964, Nr. 480; MÜLLER/SAX (KMR), Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Ge-

Die richterliche Vorlegungspflicht gem. Art. 100 GG be-
 mißt sich nach der Qualität, die der vom unabhängigen Richter
 ausgeübten Funktion von Natur aus oder aufgrund gesetzgeberi-
 scher Gestaltung als unabhängige Spruchstätigkeit zukommt²³.
 Wird ein Gericht in Erledigung von materiell und formell ver-
 waltenden Aufgaben als Verwaltungsbehörde tätig, ist es we-
 der zur Vorlegung verpflichtet noch berechtigt²⁴.

Die funktionelle Zuständigkeit der Senate der Oberlandes-
 gerichte nach Maßgabe der §§ 23, 25 EGGVG ist dadurch bedingt,
 daß sich die angefochtene Maßnahme als (Justiz-)Verwaltungsakt
 qualifizieren läßt. Akte der "Rechtsprechung" - einschließlich

richtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz, Band I,
 Strafprozeßordnung, 6. Aufl., Darmstadt 1966, Vorb. 2 vor
 § 449; Karl PETERS, Strafprozess, 2. Aufl., Karlsruhe 1966,
 604; SCHWARZ/KLEINKNECHT, Strafprozeßordnung, 27. Aufl.,
 München und Berlin 1967, Anm. 5 zu § 451; KERN, Strafver-
 fahrensrecht, 7. Aufl., München und Berlin 1965, 140; HEN-
 KEL, Strafverfahrensrecht, Stuttgart und Köln 1953, 5;
 WESSELS, 595, Fn. 34 m.w.N.

23 BVerfG, Beschl. vom 15.9.1954, BVerfGE 4, 45 (48); Beschl.
 vom 21.5.1957, BVerfGE 7, 1 (5); Beschl. vom 28.11.1957,
 BVerfGE 7, 183 (186); Urt. vom 7.8.1962, BVerfGE 14, 263
 (273); VGH NW, Beschl. vom 2.8.1964, OVG 20, 311 (313).
 Die grundlegende Formulierung des BVerfG im Beschl. vom
 17.1.1957, BVerfGE 6, 55 (63), die Vorlegungspflicht des
 Art. 100 Abs. 1 GG diene "der Wahrung der Autorität des Ge-
 setzgebers im Verhältnis zur Rechtsprechung ..." ist aller-
 dings mißverständlich: "Rechtsprechung" ist hier nicht
 identisch mit dem materiellen Funktionsbegriff, da die Vor-
 legungspflicht auch verwaltende Funktionen betrifft, die
 förmlich als Rechtsprechung gestaltet sind (Aufgaben der
 Register- und Ehrengerichte, Amtshilfungsverfahren nach Maß-
 gabe der §§ 1751 Abs. 2 RVO, 220 Nr. 2 SGG). Gemeint ist
 vielmehr die Rechtsprechung als Gewalt, das Gericht.

24 HAMANN, Das Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied/Berlin 1961, Art.
 100 B 1; HOLTKOTTEN im Kommentar zum Bonner Grundgesetz
 (Bonner Kommentar), Hamburg 1950 ff, Art. 100, Anm. 2 f;
 LEIBHOLZ/RINCK, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutsch-
 land, Köln 1966, Anm. 6 zu Art. 100.

derjenigen, die "justizförmige Verwaltungstätigkeit" darstellen - wie etwa prozeßleitende richterliche Entscheidungen - sind mit dem Rechtsmittel anzufechten, das gegen die den Prozeß abschließende Entscheidung gegeben ist, also vor dem Rechtsmittelgericht des laufenden Verfahrens²⁵.

Das Bundesverwaltungsgericht²⁶ hat in einem bemerkenswerten Urteil den Verwaltungsrechtsweg gegen Beschwerdeentscheidungen eines Oberlandesgerichtes über die Versagung der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft mit der Begründung abgelehnt, die angegriffene Entscheidung könne als Ergebnis rechtsprechender Tätigkeit²⁷ nicht verwaltungsgerichtlich überprüft werden.

Immer wieder zeigt sich, daß der materiellen Funktionsbestimmung eine überragende Bedeutung zukommt, auch und gerade dann, wenn Funktionen unter den Gewalten ausgetauscht werden: Der Verfassungsgesetzgeber und der einfache Gesetzgeber fühlen sich an materielle Funktionsbegriffe gebunden. In der Mechanik des Zusammenwirkens der Gewalten bzw. ihrer Organe kann das Wesen oder die formelle Ausgestaltung einer Funktion im Zweifel entscheiden, in wessen Kompetenz sie fällt. Ständig wird der

25 SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 2 a zu § 23 EGGVG; Anm. 1 vor § 23 EGGVG; SCHWARZ/KLEINKNECHT, Anm. 1 A zu § 23 EGGVG. Vgl. OLG Köln, Beschl. vom 28.3.1966, NJW 1966, 1761 (1761 f), das in der richterlichen Zurückweisung eines Antrages, Briefe Dritter aus den Strafprozeßakten zu entfernen, eine Ausübung rechtsprechender Gewalt sieht. Hinsichtlich der Handlungen der Staatsanwaltschaft in ihrer Eigenschaft als Prozeßbeteiligte im Strafverfahren vgl. OLG Hamm, Beschl. vom 15.3.1965, NJW 1965, 1241 (1241).

26 Urt. vom 16.5.1957, NJW 1957, 1570 (1570 f).

27 Das BVerwG, a.a.O., 1571, konzipiert, daß diese Tätigkeit "im sachlichen Ergebnis" von Verwaltungsakten nicht zu unterscheiden sei. Den Ausschlag gebe aber, daß von einer unbeteiligten Stelle nach rechtlichen Gesichtspunkten entschieden werde.

materielle Bestand einer Funktion als gegeben vorausgesetzt. Wodurch aber lassen sich diese Funktionen, insbesondere die der Rechtsprechung, kennzeichnen?

ARNDT²⁸ führt die Unzulänglichkeit vieler Definitionen des "Rechtsprechens" auf eine "petitio principii" zurück, auf das Bestreben, die vorausgesetzte Selbständigkeit dieser Funktion aus ihrer Natur heraus zu beweisen. Es fragt sich, ob die Rechtsprechungsfunktion tatsächlich allein mit den Mitteln der staatsrechtlichen Funktionenlehre entwickelt werden kann.

28 Das Bild des Richters, Karlsruhe 1957, 7.

2. Abschnitt

Die staatsrechtliche und die prozessuale Funktionenlehre

Die staatsrechtliche Funktionenlehre²⁹ bejaht den differenzierten materiellen Gehalt staatlicher Funktionen. Sie qualifiziert die Äußerungen staatlichen Handelns nach Sachbezügen. Entscheidend ist demnach, w o m i t und w i e sich ein staatliches Organ beschäftigt, welche Kriterien die Tätigkeit an sich aufweist. Unerheblich ist, welches Organ in welcher Form diese Betätigung wahrnimmt, welche tatsächlichen oder rechtlichen Wirkungen vom Organ oder dessen Akten ausgehen. Eine faktische Beeinflussung des materiellen Gehaltes der Tätigkeit durch deren organisatorische Zuordnung und förmliche Ausgestaltung wird bestritten³⁰. Die Funktion³¹ ist primär, apriorisch. Sie entspricht vorpositivrechtlich-logischen Denk-

29 Vgl. Günther und Erich KÜCHENHOFF, Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl., Stuttgart 1964, 119 ff; NAWIASKY, Allgemeine Staatsrechtslehre, 3. Teil, Staatsrechtslehre, Einsiedeln-Zürich-Köln 1956, 88 ff.

30 EICHENBERGER, 1, sieht allerdings eine Wechselwirkung zwischen der Existenz und Leistungsfähigkeit einer Organgruppe und deren Erscheinung und W e s e n . Das ist der Tenor seiner Untersuchung, die sich vornehmlich mit den wechselseitigen Beziehungen zwischen der rechtsprechenden Tätigkeit und der richterlichen Unabhängigkeit befaßt.

31 Funktion im Sinne der materiellen Tätigkeit. Dem Attribut "funktionell" wird häufig ein anderer Sinn beigelegt. So bezeichnet Hans J. WOLFF, I, 75, als funktionelle Rechtsprechung die "Summe der dem unabhängigen Staatsorgan (Gericht) durch Verfassung oder Gesetz zugewiesenen Aufgaben". Ebenso Günther und Erich KÜCHENHOFF, 120. "Funktionell" erfaßt danach als Oberbegriff den materiellen und formellen Aufgabenbereich der Rechtsprechung. Da die Rechtsprechung subjektiv, d.h. vom Organ her bestimmt wird, ist die Definition begriffslogisch stichhaltig. Unzutreffend dagegen ist es, ausschließlich die dem Wesen nach verwaltende Tätigkeit des unabhängigen Richters "funktionelle" Rechtsprechung zu benennen: Selbstverständlich ist auch die materielle Rechtsprechung Ausübung einer Funktion.

kategorien³². Deswegen haben sich die Zuweisung einer ihrem materiellen Gehalt nach vor-gefundenen Funktion an eine Organgruppe und die Ordnung des Verfahrens nach Möglichkeit am Wesen der Funktion auszurichten. Die Funktion bestimmt Organ und Arbeitsweise.

Die prozeßrechtliche Funktionenlehre³³ hingegen leugnet das Vor-Gegebenensein materieller Funktionen, oder sie hält die Funktionen des Verwaltens und des Rechtsprechens für so verwandt, daß sie allein aus ihrem Wesen heraus nicht differenzierbar sind. Eine Funktionenteilung erscheint immerhin notwendig, um den tradierten Gewalten auch zergliederte Funktionen zukommen zu lassen. Die Funktionen ermitteln sich anhand der jeweiligen verfahrensrechtlichen Kriterien und aus der Wirkung, die der im Verfahren gewonnene Staatsakt entfaltet. Die Rechtsprechung ist demnach die Staatstätigkeit, die den Rechten in einem auf Gewinn der Rechtskraft gerichteten rechtlich geordneten Verfahren Rechtskraft verleiht³⁴.

ARNDT³⁵ beklagt, daß die von GOLDSCHMIDT entwickelte prozessuale Theorie der Rechtsprechung wie überhaupt ganze Bereiche des wissenschaftlichen Schrifttums bei den Bemühungen um

32 IMBODEN, Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, Berlin 1959, 12.

33 GOLDSCHMIDT, Der Prozeß als Rechtslage, Aalen 1962, Neudruck der Ausgabe Berlin 1925, 151 ff; 211 ff; 516 ff; ARNDT, Das Bild des Richters, 8; Rechtsprechende Gewalt, 10 f; vgl. auch Günther und Erich KÜCHENHOFF, 120.

34 Das ist die Essenz der Lehre GOLDSCHMIDTs, der sich mit dieser Definition ausnahmslos auf formelle Kriterien stützt.

35 Das Bild des Richters, 7; Rechtsprechende Gewalt, 10. Dem schließt sich WOLANY, 303, an.

eine Definition des Rechtsprechens unberücksichtigt blieben oder gar nicht zur Kenntnis genommen würden. Der erste Vorwurf betrifft nicht den, der den Begriff der Rechtsprechung unter Zugrundelegung der staatsrechtlichen Funktionenlehre abzuleiten versucht. Setzt man nämlich a priori voneinander abgrenzbare, greifbare materielle Funktionen voraus, so verbietet sich ein Rückgriff auf geschaffene, formelle Kriterien gleich welcher Art. Im Gegenteil ist jede Berufung auf formelle Indizien - bestimmte Verfahrensmerkmale, die Verbindlichkeit der Entscheidung usw. - nichts anderes als eine Kapitulation vor der Aufgabe, staatliche Funktionen von ihrem Wesen her zu erfassen. ARNDT übersieht offenbar, daß die Vertreter der materiellen Funktionenlehre die prozessuale Schule nicht vernachlässigen, sondern konsequent übergehen. Sie m ü s s e n die Tätigkeit des Richtens bewußt ihrer prozessualen Erscheinungsformen und ihrer Außenwirkung entkleiden, um zur Sache zu kommen. Eine Kritik an dieser Methodik ist nur verständlich, wenn man es mit ARNDT für notwendig erachtet, die Funktionen als mit materiellen und formellen Elementen verhaftete Mischtypen zu verstehen³⁶.

Als vorläufiges Ergebnis und Arbeitshypothese darf festgehalten werden, daß die formalrechtlichen Elemente der prozessualen Funktionenlehre untauglich sind, die Funktion des Rechtsprechens in ihrer originalen Erscheinung zu deuten.

³⁶ Auf den "materialen" Begriff ARNDTs, den Eberhard SCHMIDT übernommen hat, wird noch zurückzukommen sein.

3. Abschnitt

Gewaltenteilung und Funktionenteilung.

Überblick über die verfassungsge-
schichtliche Entwicklung

Weder LOCKE³⁷ noch MONTESQUIEU³⁸ entwickelten das, was ihnen so oft zugeschrieben wird: Eine Lehre von eigenständigen materiellen Staatsfunktionen. Sie identifizieren noch die Funktionen mit den Ausübenden³⁹. Soweit sich in ihren Lehren Grundtypen staatlicher Funktionen abzuzeichnen beginnen, geschieht das in enger Anlehnung an die Staatsordnungen ihrer Zeit. Ihnen war daran gelegen, die durchaus bekannte funktionale Trennung staatlicher Tätigkeiten in ein sinnvolles Organisationssystem zu bringen und - das ist der geniale Beitrag MONTESQUIEUS - als getrennte, sich hemmende Gewalten verfassungsrechtlich zu "arretieren"⁴⁰. Dabei hatten sie - eben weil sie ihr Augenmerk nicht auf die Funktionen, sondern auf die Funktionsträger richteten - unterschiedliche Vorstellungen davon, welche Gewalten zu schaffen bzw. konstitutionell zu sichern seien. Vor allem LOCKEs Verfassungsmodell, das in eigenartiger Vermengung staatlicher Grundfunktionen eine konstitutive, eine legislative, eine exekutive, eine föderative und eine monarchisch-prärogative Gewalt vorsah⁴¹, spiegelt deutlich die Un-

37 Two treatises of Civil Government (1690), London/New York 1966 (Dent/Dutton).

38 De l'Esprit des lois (1748), Band I und Band II, Paris 1961 (Éditions Garnier Frères).

39 KRUSE, 9.

40 MONTESQUIEU, I, Buch XI, Kap. 4, 162/163: "Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir". Die Trennung der gesetzgebenden von der ausführenden Gewalt befürwortete schon LOCKE, etwa in Buch II, Kap. XII, Nr. 144 (191): "And thus the legislative and the executive power come often to be separated".

41 LOCKE, Buch II, Kap. XII ff, 190 ff.

sicherheit wieder, die das damalige Verhältnis zu den materiellen Staatsfunktionen kennzeichnet. Aber auch MONTESQUIEU nahm keine eindeutige Funktionendreiteilung vor: Er gliederte die *Gewalten* in eine gesetzgebende, eine ausführende und eine rechtsprechende auf, wobei er die rechtsprechende Funktion als Ausfluß der ausführenden verstand⁴². MONTESQUIEU vertrat, wenn überhaupt, eine Zweifunktionenlehre⁴³. Sicher findet die Lehre von den drei Staatsfunktionen ihren geistigen Ursprung in der von ihm propagierten Dreiteilung der Gewalten; MONTESQUIEU gab sozusagen den Anstoß dazu, die Gewalten, darunter die rechtsprechende Gewalt, mit kongruenten Funktionen gleichzusetzen. Er selbst blieb der Vorstellung verhaftet, die Rechtsprechung sei ein Bestandteil der "puissance exécutive".

Wie fest noch die Aufklärung die politische Gewalt mit den von dieser getragenen Funktionen verband, zeigt der heftige Angriff ROUSSEAU⁴⁴ gegen die Konstruktion MONTESQUIEUS: Eine

42 MONTESQUIEU, I, Buch XI, Kap. 6, 163: "Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil". Vgl. auch I, Buch XIX, Kap. 27, 335.

43 Hans J. WOLFF, I, 61; MENGER, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15 (1957), 3 (25); PRÉLOT, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, 3. Aufl., Paris 1963, 297 f; vgl. auch FORSTHOFF, 2; IMBODEN, 14; HAURIU, Principes de Droit public, 2. Aufl., Paris 1916, 38; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, Berlin 1958, 29 ff; KÜPER, Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, Berlin 1967, 45; ZINN, Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, in: Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages (Referate), Tübingen 1950 (Sonderdruck), 46 (49). KRUSEs Anmerkung (9, Fn. 1), Hans J. WOLFF sehe entgegen der h.M. bei MONTESQUIEU noch nicht "die Dreiteilung in Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung" ist so mißverständlich wie viele andere Bewertungen der Gewaltenteilungslehre MONTESQUIEUS: Es bleibt offen, was MONTESQUIEU trennen wollte. Die politischen Gewalten oder die Funktionen? Diese Begriffe sind auseinanderzuhalten, wenn man das berühmte Kapitel 6 interpretiert.

44 Du Contrat social (1762), Paris 1963 (Union Générale d'Éditions, 10/18).

Zergliederung der in den Augen ROUSSEAU als Prinzip unteilbaren "souveränen" Gewalt widersprach ohnehin der phantastischen Idee, die sich ROUSSEAU von der Demokratie machte⁴⁵; um so befremdlicher und sinnloser erschien es ROUSSEAU, die Staatsgewalt gegenständlich zu begreifen und ihr legislative und exekutive⁴⁶ Funktionen zugrunde zu legen. Zwar erkannte ROUSSEAU etwas an, was MONTESQUIEU gar nicht präzisierete: daß nämlich bei der Gesetzgebung ein Willensmoment, bei der Ausführung der Gesetze ein Tatmoment überwiege (!)⁴⁷; daraus aber Schlüsse auf eine Spaltung des nur als Ganzes existenten souveränen Willens zu ziehen, käme - so spottet ROUSSEAU⁴⁸ - der Scharlatanerie gleich, mit der nach dem Hörensagen in Japan eine zerstückelte Kindesleiche in der Luft zu einem lebendigen Körper zusammengesetzt werde. Was man für selbständige Gewaltenteile halte, sei lediglich Ausfluß einer Gewalteinheit. Immerhin hat es den Anschein, als kritisiere ROUSSEAU diese "optische Täuschung", weil er im Hintergrund der Lehre MONTESQUIEUS die Materialität von Funktionen aufdämmern sieht, die seine Vorstellung von der Einheitlichkeit staatlicher Gewalt gefährdet.

Die Aufklärung bemühte sich nicht um Funktionsbegriffe. Sie

45 Vgl. dazu GUILLEMIN, Einführung in: ROUSSEAU, *Du Contrat social*, 19 ff; RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 161; ARNDT, *Das Bild des Richters*, 13.

46 Eine judikative Funktion erwähnt ROUSSEAU in seiner Kritik nicht: Ein Hinweis darauf, daß MONTESQUIEUS Lehre als Gewaltenteilungs-, nicht als Funktionenteilungsgrundsatz aufgefaßt werden muß.

47 ROUSSEAU, Buch III, Kap. 1, 101: "Le corps politique a les mêmes mobiles: on y distingue de même la force et la volonté: celle-ci sous le nom de puissance législative, l'autre sous le nom de puissance exécutive". Ähnlich auch Buch II, Kap. 2, 71.

48 Buch II, Kap. 2, 71.

kämpfte in Wirklichkeit darum, den aus der Idee des Absolutismus hergeleiteten monarchischen Machteinfluß durch Gewaltenteilung (MONTESQUIEU) oder Identifikation der Staatsgewalt mit dem Gemeinwillen (ROUSSEAU) zu brechen. Dieser Kampf setzte sich nach der Revolution (1789) im 19. Jahrhundert unter den beiden großen politischen Kräften des Ständestaates fort: Der demokratische Machtanteil verkörperte sich in der Legislative, der monarchische Machtanteil verblieb in der Exekutive. Die richterliche "Gewalt" - zunächst "en quelque façon nulle"⁴⁹ - gewann erst nach und nach an politischer Bedeutung. Sie wurde dem ausschließlichen Machtbereich der beiden politischen Gewalten der konstitutionellen Monarchie entzogen, indem man sie durch Beteiligung des Volkes an der Besetzung der Spruchkörper neutralisierte. Die Entwicklung läßt sich zuerst in der Strafgerichtsbarkeit, dann in der Handels- und Gewerbegerichtsbarkeit, schließlich in der Verwaltungsgerichtsbarkeit verfolgen. Das deutlichste Beispiel bietet der langandauernde Kampf um eine paritätische Ausstattung der Schwurgerichte mit (monarchischen) Beamten und Repräsentanten des Bürgertums. Im Vordergrund stand immer das Ringen um den politischen Einfluß. Die institutionelle Verselbständigung der rechtsprechenden Gewalt war die Folge⁵⁰.

49 So verstehen HAURIU, 38 ("c'est-à-dire qu'elle est terrible comme pouvoir sur le justiciable, mais qu'elle est nulle comme efficacité vis-à-vis des pouvoirs politiques de l'état, parce qu'elle n'a pas la puissance d'empêcher leur action"), und mit ihm Werner WEBER, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl SCHMITT, Berlin 1959, 253 (256), diese mysteriösen Worte MONTESQUIEUS (I, Buch XI, Kap. 6, 168 und 165).

50 Vgl. Werner WEBER, Die Teilung der Gewalten, 255 ff; Das Richtertum in der deutschen Verfassungsordnung, in: Festschrift für Hans NIEDERMAYER, Göttingen 1953, 261 (268 f); KERN, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, München und Berlin 1954, 56 ff und 77 ff.

Die rechtsdogmatische Auseinandersetzung um den Wesensgehalt der Rechtsprechungsfunktion ist demgemäß verhältnismäßig jung. Sie setzte - der verfassungsrechtlichen Institutionalisierung der rechtsprechenden Gewalt langsam folgend - ein, n a c h d e m die umfassende, im "Souverain" vereinigte staatliche Gewalt in die organisatorisch getrennten, voneinander mehr oder weniger unabhängigen "klassischen" Gewalten zerlegt war.

Erst das Politikum der Gewaltentrennung verlieh der Frage nach dem Inhalt der Staatstätigkeiten Brisanz; das rechtspolitische Interesse an dem Wesen der Funktionen wuchs, als die drei Gewalten nach langem, durch die Aufklärung vorbereiteten Kampf verfassungsrechtlich fundiert waren⁵¹ und sich auf sich selbst, d.h. auf den Gegenstand ihres Tuns besinnen konnten. Die Einrichtung getrennter Gewalten ermöglichte den Streit um Kompetenzen. Kompetenzkonflikte zwischen den Organen der Gewalten konnten aber nur dann sachlich richtig gelöst werden, wenn man die umstrittenen Aufgaben der e n t s p r e c h e n d e n Organgruppe zuerkannte. So erwuchs das Postulat, die vorgefundenen Staatsakte nach sachlichen Gesichtspunkten zu systematisieren. Die Organisationsbegriffe Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung wurden zu Funktionsbegriffen selbstständig.

51 Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1779), Art. 16: "Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution". Art. 22 der Direktorialverfassung des Jahres III (1791): "La garantie sociale ne peut exister si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées". Zuvor schon (1776) hatte der Grundsatz der Gewaltenteilung in der Verfassung von Pennsylvania Aufnahme gefunden; später übernahm ihn die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika vom 17.9.1787 (Art. 1 - 3). Zu der Entwicklung der richterlichen Gewalt in den USA vgl. ADAM, Die USA, Band 1, Geschichte und Verfassungsordnung, München-Wien 1964, 118 ff.

4. Abschnitt

Leugnung eines materiellen Funktionsgehaltes

Die Bestimmung materieller Funktionsbegriffe bot naturgemäß Schwierigkeiten. Vor allem erwies sich die - wie die Verfassungsgeschichte belegt - zumindest institutionelle Verwandtschaft der dritten, rechtsprechenden Gewalt mit der Verwaltung als ein schwerwiegendes Hindernis, diese beiden Staatsfunktionen voneinander abzugrenzen. Zuweilen begnügte man sich daher mit Negativdefinitionen⁵²: Man führte materielle Kriterien einer der beiden Funktionen, beispielsweise der Rechtsprechung, auf, die überdies in der Regel auch der Funktion Verwaltung zukamen; anschließend folgerte man, daß alles, was nach der gegebenen Funktion nicht Rechtsprechung sei, der Verwaltung zugerechnet werden könne.

Vielfach wird der materielle Bestand von Staatsfunktionen schlechthin in Abrede gestellt.

1. Kapitel

Gewaltenkonzentration

Der rechtshistorische Einwand, die Funktionen seien Attribute der obersten, unteilbaren Staatsgewalt und als solche früher

52 THOMA, Die Funktionen der Staatsgewalt, Grundbegriffe und Grundsätze, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, Tübingen 1932, 108 (129 f); heute: MAUNZ, 229; vgl. dazu ARNDT, Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1953, 1273 (1274).

in einer Hand konzentriert gewesen⁵³, läßt sich ohne Schwierigkeiten entkräften. Zwar beweist ein Rückblick auf die verfassungsgeschichtliche Entwicklung, daß sich das Gewaltenteilungsprinzip - wie wir es heute verstehen - als liberalpolitisches Ergebnis eines von der Konzeption des Absolutismus abweichenden Staatsbewußtseins langsam und mühevoll durchsetzte, daß die Dreigliedrigkeit der Staats g e w a l t kein apriorischer Grundsatz ist⁵⁴. Das schließt aber keineswegs aus, daß die Dreigliedrigkeit der Staats f u n k t i o n e n apriorisch gegründet ist. In diesem Einwand begegnet man wieder der verwirrenden Gleichsetzung der politischen Gewalt mit der Gewaltausübung, des Gewaltträgers mit dessen Tun. Wesensverschiedene Funktionen werden nicht dadurch zu einer Einheit, daß sie sich auf e i n gewaltausübendes Subjekt zurückführen lassen oder von der Staatsgewalt - im Sinne der Herrschaft über den Gewaltunterworfenen - gedeckt sind. Die Frage nach dem Wesen einer Funktion kann auch bei einem "absoluten" Herrscher sinnvoll gestellt werden⁵⁵. Der Gewaltträger kann sein Tun im schlimmsten Fall in eine einheitliche Erscheinungsform kleiden, konformieren. Der von seiner Person und vom Machtfaktor gelöste materielle Bestand seiner Tätigkeiten entzieht sich trotzdem seinem Einfluß.

2. Kapitel

Reine Rechtslehre

Der Glaube an die Konformität staatlichen Tuns findet in

53 SCHEUNER, Der Bereich der Regierung, in: Festschrift für Rudolf SMEND, Göttingen 1952, 253 (279). Vgl. von ARETIN/von ROTTECK, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, 2. Band, 1. Abtheilung, 2. Theil, Von der bürgerlichen Freiheit in der konstitutionellen Monarchie, Altenburg 1827, 208.

54 KRUSE, 8. Deswegen hat der Grundsatz der Gewaltenteilung keinen übergesetzlichen Rang: BGH, Gutachten vom 6.9.1953, JZ 1954, 152 (153/154).

55 WOLANY, 303.

KELSENs "reiner" Rechtslehre Ausdruck⁵⁶. KELSEN begreift die Rechtsordnung als einheitliches System von Rechtsakten, einheitlich deswegen, weil sich jeder Rechtsakt letzten Endes auf eine verfassungsrechtliche Grundnorm zurückführen lasse. Von der Grundstufe der Verfassungsnorm über das Gesetz und die Verordnung bis zum individuellen, sich im Verwaltungsakt oder im Urteil konkretisierenden Rechtsakt vollziehe sich ein abgestufter Prozeß ständiger Rechtserzeugung, in dem sich der Staat immer wieder von neuem bestätige⁵⁷. Der Staat könne keinen Zweck anders als in der Form des Rechtes verfolgen: Ihm werde, einem König MIDAS vergleichbar⁵⁸, alles, was er ergreife, zu Recht. Da aber allen Staatsakten gleichermaßen die Qualität von Rechtsakten zukomme, seien sie eines Wesens. Deswegen gebe es auch keinen prinzipiellen Gegensatz zwischen der Justiz und der Verwaltung. Die den Gerichten gewährte Unabhängigkeit sei nicht geeignet, einen grundsätzlichen, die ganze staatliche Organisation und die rechtswissenschaftliche Systematik bestimmenden Unterschied zu begründen. Die Unabhängigkeit der Strafgerichte erfahre im übrigen eine erhebliche Ein-

56 Reine Rechtslehre, Leipzig und Wien 1934.

57 KELSEN, Reine Rechtslehre, 62 ff und 117 ff; Justiz und Verwaltung, Wien 1929, 5; Zum Begriff der Norm, in: Festschrift für Carl NIPPERDEY, Band I, München und Berlin 1965, 57 (58 ff). Vgl. auch SOMLO, Juristische Grundlehre, 2. Aufl., Leipzig 1927, 330 ff; MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien-Berlin 1927, 21 ff; COSSIO, Panorama der rechtologischen Rechtslehre, in: Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965, 265 (278 ff); Arthur KAUFMANN, Die ontologische Struktur des Rechts, in: Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965, 470 (506 f).

58 KELSEN, Justiz und Verwaltung, 4. Der phrygische König MIDAS verwandelte - von DIONYSOS befähigt - alles was er berührte, in Gold. Da ihm selbst die Nahrung zu Gold wurde, drohte MIDAS an seiner Macht zu verhungern. Der von KELSEN gezogene Vergleich des Staates mit der mythologischen Gestalt des MIDAS lädt dazu ein, zu Ende gedacht zu werden.

schränkung durch die prozessuale Beteiligung der an das Opportunitätsprinzip gebundenen Staatsanwaltschaft. Überall zeige sich, daß Verwaltungsbehörden und Gerichte Recht sprächen: So seien die Gerichte bei der Entscheidung von Vorfragen an die behördlichen Verwaltungsakte gebunden⁵⁹; andererseits könnten Verwaltungsakte im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden aufgehoben werden. Die Justizförmigkeit der Verwaltung stelle sich mit besonderer Deutlichkeit in der Entwicklung eines gerichtsmäßigen Verwaltungsprozesses dar und finde ihren stärksten Ausdruck in der Institution der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese sei Verwaltung als Justiz⁶⁰.

Als erstes fällt auf, daß KELSEN sich auf Tatbestände be-ruft, die vom Gesetzgeber geschaffen wurden. Zu Unrecht: Gerade in Anbetracht der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist es abwegig, bei der Diskussion über das Wesen der Staatsfunktionen den Gesetzgeber als Zeugen anzurufen. Der Gesetzgeber hielt sich eben nicht immer an das Wesen staatlicher Funktionen, wenn er eine Aufgabe verteilte, Bindungen zwischen den Gewalten schuf oder Verfahren vorschrieb. Daß es beispielsweise Verwaltungsgerichtsordnungen zuließen, das Anfechtungsverfahren nicht mit einer Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes, sondern darüber hinaus mit einer anstelle der Verwaltungsbehörde getroffenen R e g e l u n g des streitigen Rechtsverhältnisses zu beenden⁶¹, beruhte auf einem gesetz-

59 § 68 des österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 1.1.1926.

60 KELSEN, Justiz und Verwaltung, 7 - 24.

61 Z.B. § 38 Abs. 2 Satz 2 VGG. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß die Rechtsschutzbestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechtes die Klagearten des französischen Verwaltungsstreitverfahrens, also auch den "recours en pleine juridiction" übernommen haben: In diesem "Verfahren mit unbeschränkter Ermessensnachprüfung" - so lautet die offizielle Übersetzung - beschränkt sich der Europäische Gerichtshof nicht darauf, die Rechtmäßigkeit der Maßnahme eines Gemeinschaftsorgans zu überprüfen und den angegriffenen Akt gegebenenfalls für rechtswidrig zu erklären; er kann

geberischen Mißverständnis der rechtsprechenden Funktion⁶². Inzwischen hat sich mehr und mehr die Erkenntnis durchgesetzt, daß das Gericht nur zu entscheiden, nicht auch zu regeln habe⁶³, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit echte Gerichtsbarkeit ist und nicht Verwaltung⁶⁴. KELSEN brauchte auch nicht an der Unabhängigkeit der Gerichte Anstoß zu nehmen. Abgesehen davon, daß eine prozessuale Beteiligung der Staatsanwaltschaft am Strafprozeß den Staatsanwalt noch nicht zu einem Organ der Rechtsprechung macht⁶⁵, der Staatsanwalt in seiner Parteirolle

die angefochtene Maßnahme auch ändern. Vgl. die Art. 172 EWGV, 36 Abs. 2 EGKSV, 144 EAGV, 91 BSt, und dazu ULE, Empfiehlt es sich, die Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts über den Rechtsschutz zu ändern und zu ergänzen?, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band II (Gutachten), Teil E, 2. Abt., München und Berlin 1966, 39 und 95 f.

- 62 ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. I 4 zu § 113 (383 f); EYERMANN/FRÖHLER, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., München und Berlin 1965, Anm. 36, 52 ff zu § 113.
- 63 Vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. § 113 Abs. 2 VwGO gestattet allerdings dem Gericht, bei einer Klage auf Leistung von Geld oder anderen vertretbaren Sachen den Leistungsbetrag selbst festzusetzen. ULE (Rechtsschutz, 96) sieht dennoch die Grenze zwischen Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung gewahrt, da das Gericht bei der Festsetzung keine Ermensentscheidung treffe, sondern nach den Maßstäben der Gerechtigkeit urteile. Angenommen, darin liege ein wesensmäßiger Unterschied: Läßt nicht die V e r b i n d l i c h k e i t des Leistungs b e f e h l s einen Zweifel an der Natur dieses richterlichen Aktes offen? Vgl. unten, 36 f; 86 ff.
- 64 Besonders aufschlußreich ist die Geschichte der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Jahren nach der Revolution; vgl. CHARLES, La justice en France, Paris 1953, 112 ff.
- 65 Für viele MÜLLER/SAX (KMR), I, Einl. 3 II a. Vgl. auch unten, 150, Fn. 449.

infolgedessen die **r i c h t e r l i c h e** Unabhängigkeit gar nicht durchbricht, vermag die formalrechtlich-organisatorische Ausstattung der **G e r i c h t e** mit Unabhängigkeit die Rechtsprechungs **f u n k t i o n** wesensmäßig nicht von anderen Funktionen zu unterscheiden.

Es ist indes nicht nötig, die Beispiele KELSENs im einzelnen zu widerlegen. Sie gehen, soweit sie nicht von der Rechtsentwicklung überholt sind, am "Beweisthema"⁶⁶ vorbei: Die Praxis "gerichtsmäßigen" Verwaltungshandelns etwa schafft noch keine Identität zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, da Verfahrensregeln nicht den Funktionsbestand berühren. KELSENs Argumente greifen nicht durch, weil ihnen ein Fehlschluß zugrundeliegt: Der Schluß von der Rechtsqualität der Staatsakte auf deren Wesensgleichheit. Unbestreitbar sollen alle Staatsakte gleich welcher Gewalt das Recht ausdrücken, im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung rechtmäßig sein. Art. 20 Abs. 3 GG gebietet das sogar. Jeder Ausdruck staatlichen Handelns soll Recht sein und kann **i n d i e s e r H i n s i c h t** als Rechtsakt verstanden werden. Das Recht drückt sich jedoch auf vielfältige Weise aus: Erkennend, gestaltend, gewährend, verpflichtend, einen konkreten, speziellen Sachverhalt oder eine abstrakte Vielzahl genereller Soziallagen erfassend. **D a s** Recht getan wird, sagt nichts darüber aus, **w i e** es getan wird. KELSEN selbst bekennt sich zu einem Stufenbau der Rechtsordnung. Der Staat verwirklicht sein Recht aber nicht nur in chronologischer Stufenfolge, sondern - mit zunehmender Konkretisierung - in wechselnder Qualität.

66 "Beweisen" kann man den materiellen Bestand einer Funktion im Grunde genommen weder im naturwissenschaftlichen noch im rechtswissenschaftlich-beweisrechtlichen Sinne. Die Eigenarten einer Funktion sind keine beweisbaren Tatsachen, sondern empirisch feststellbare Werte.

3. Kapitel

Rechtsanwendung

Aufgabe des Staates ist es, das Recht in die Wirklichkeit umzusetzen. Die Stufen der Rechtsverwirklichung lassen sich von der Verfassung über die Gesetze, die Rechtsverordnungen bis zum Verwaltungsakt und Richterspruch hin nachziehen. In jeder Etappe dieses Umsetzungsprozesses begegnet das Recht engeren sozialen Lagen. Aus dem Stamm des Verfassungssatzes heraus verfeinert es sich bis zum Blattwerk der Einzelfälle, ohne - solange es in der verfassungsmäßigen Ordnung wurzelt - seinen ursprünglichen Charakter aufzugeben: Es bleibt verfassungskonformes Recht.

Die Transponierungsakte haben gleichwohl Eigenarten⁶⁷. Stellt man auf die vom jeweiligen Rechtsakt ergriffenen Soziallagen ab, wird eine rechtslogische Zäsur sichtbar: Die zwischen einer unbestimmten Vielzahl in der Zukunft liegender ähnlicher Sozialverhältnisse und dem nach Person, Gegenstand, Ort und Zeit bestimmten Einzelfall. Die ersteren erfaßt das Recht in Gestalt von Rechtssätzen, den letzteren in der Form eines Einzelaktes. Rechtsetzung und Rechtsanwendung sind die

67 Hans J. WOLFF, I, 61 ff (67 f), bewertet jeden der fünf Umsetzungsakte als selbständige materielle Funktion. Verfassungsgesetzgebung, Gesetzgebung, innere und äußere Regierung, Verwaltung und Rechtsprechung seien qualitativ verschiedene Arten der Staatstätigkeit. Insbesondere hebe sich das Regieren als durch Verordnungsrechtsetzung und Rechtsanwendung leitende, richtungsgebende, führende politische Tätigkeit vom angeleiteten, ausgerichteten, geführten Verwalten ab. Ob das Regieren eine eigenartige materielle Funktion oder eine Mischfunktion ist, verdient untersucht zu werden. Hier interessiert jedoch die Trennung der Verwaltung von der Rechtsprechung.

korrelierten Funktionsbegriffe⁶⁸. Da sich die Verwaltung und die Rechtsprechung mit Einzelfällen befassen, qualifizieren sich ihre Tätigkeiten auf den ersten Blick als Rechtsanwendung: Eine funktionelle Verwandtschaft, die die Grenzziehung zwischen diesen beiden Staatsfunktionen erheblich erschwert.

In der Rechtsanwendung, dem Befassen mit Einzelfällen auf der Grundlage des positiven Rechtes, finden wir mithin ein materielles Kriterium, was die Verwaltung und die Rechtsprechung auszeichnet. Ob im gleichen Maße, kann hier noch unberücksichtigt bleiben. In jedem Fall drücken die Akte der Verwaltung und der Rechtsprechung Recht aus. Das gilt für die Rechtsprechung, die einen abgeschlossenen Sachverhalt am Recht mißt; das gilt für die regulative, ordnende⁶⁹ Verwaltung, die

68 HEGEL, Sämtliche Werke, Band XII, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 4. Aufl., Hamburg 1955, § 287, 253; KRÜGER, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart-Berlin-Mainz 1966, 299; JAHRREISS, Das Wesen des Rechtsprechens, 65; Die Wesensverschiedenheit der Akte des Herrschens und das Problem der Gewaltenteilung, in: Festschrift für Hans NAWIASKY, München 1956, 119 (128); EICHENBERGER, 3 f; BECKER, 19 ff. SCHNEIDER, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, ArchÖR 82 (1957), 1 (12), stellt dem "am Hierarchie-Axiom orientierten Gegensatzpaar Rechtsetzung und Rechtsanwendung" die Grundfunktionen "Rechtsgestaltung" und "Rechtsbewahrung" gegenüber.

69 Häufig erfährt die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden eine begriffliche Trennung danach, ob sie das Sozialleben in seinem vorgeformten Zustand ordnend, d.h. gebietend und verbietend, reguliert (Eingriffsverwaltung), oder ob sie an der Gestaltung der Sozialordnung aktiv teilnimmt (Leistungsverwaltung). Die Leistungsverwaltung wurde früher, als Staat und Gesellschaft unter der Auswirkung liberalpolitischer Vorstellungen getrennt waren, eine rechtliche Entscheidungsfreiheit eingeräumt. Man hielt sie für gesetzestreu. Mit dem Durchdringen der Idee der Rechtsstaatlichkeit, der sich nun der Grundsatz der Sozialstaatlichkeit zugesellt, erkannte man dem Einzelnen subjektive Rechte auf dem gesamten Gebiet der öffentlichen Verwaltung zu. Neben dem Privatrecht wuchs ein umfassendes System öffentlicher Rechte heran. Damit wurde das hoheitliche Verwaltungshandeln weitgehend rechtsnormativ durchformt. Vgl. FORSTHOFF, 2 ff; Eberhard SCHMIDT, MONTESQUIEU'S "Esprit des lois" und die

ihre Berechtigung zu Eingriffen in das freie Belieben der Rechtsgenossen aus ermächtigenden Normen ableitet; das gilt aber auch für die sozialgestaltende Verwaltung des "sozialen Rechtsstaates"⁷⁰, die ebenfalls an das Recht gebunden ist. Gerade in dem ständig anwachsenden Bereich der "sozialen Leistungsverwaltung"⁷¹ muß der Staat am Recht ausgerichtet sein; die "Manipulationen des Wohlfahrtsstaates"⁷², die der Betroffene ungleich schwerer durchschaut als die sofort spürbaren Eingriffe des polizeilichen Ordnungsstaates, erhöhen sogar das Rechtsschutzbedürfnis des Einzelnen gegenüber der Verwaltung⁷³.

An diesem gemeinsamen materiellen Kriterium der Rechtsanwendung nun haken sich viele Versuche, Rechtsprechung und Verwaltung sachlich zu trennen, fest. Denn wenn sich beide Funktionen darin erschöpfen, Sachverhalte festzustellen, diese auf einschlägige Normen zu beziehen und daraus Schlüsse herzuleiten, ist kaum ersichtlich, worin sie sich unterscheiden. Dann liegt es nahe, in dem Bemühen um eine Grenzziehung zwischen Rechtsprechung und Verwaltung zu resignieren und eine

Problematik der Gegenwart von Recht und Justiz, in: Festschrift für Wilhelm KISSELBACH, Hamburg 1947, 177 (198) BACHOF, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band II, Tübingen 1967, A 15 - 17; BECKER, 21 m.w.N.

70 Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG.

71 Eberhard SCHMIDT, *Esprit des lois*, a.a.O.

72 Werner WEBER, *Das Richtertum*, 264.

73 MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien 1957, 274; KRÜGER, 787; RUMPF, *Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung*, VVDStRL 14 (1956), 136 (159); KLEIN, *Die Übertragung des Verordnungsrechts nach deutschem Verfassungsrecht*, in: *Recht, Staat und Wirtschaft*, Band IV, Düsseldorf 1953, 171 (191 f); Werner WEBER, *Das Richtertum*, 264. Zur Problematik einer durchgängigen Kontrolle des modernen Verwaltungsstaates vgl. KLEIN, *Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat*, ZgesStW 106 (1950), 390 (408 f).

materielle Eigenständigkeit der Rechtsprechung abzustreiten⁷⁴. Das hat wenigstens den Vorteil der Konsequenz. Inkonsequent ist es dagegen, an einem "irgendwie" materiellen Rechtsprechungsbegriff festzuhalten und dem Kriterium der Rechtsanwendung, das der Verwaltung und der Rechtsprechung weithin gemeinsam ist, formelle Merkmale hinzuzufügen. Damit kommt man dem Wesen der rechtsprechenden Funktion nicht einen Schritt näher. Da es gleichwohl vielfach versucht wird, ist darauf im folgenden Abschnitt einzugehen.

74 THOMA, 129; widersprüchlich bezeichnet THOMA seine anschließende Definition als "materiell"; NAWIASKY, Bayrisches Verfassungsrecht, München, Berlin und Leipzig 1923, 333 und 378; die Bindung der Verwaltung an Verwaltungsanweisungen, die nach Ansicht NAWIASKYs eine Unterscheidung zur "Rechtspflege" ermöglicht, erkennt NAWIASKY als formelles Merkmal an, vgl. NAWIASKY, Staatsrechtslehre, 88. Vgl. auch Gerhard MATTERN, Steuerstrafergerichtsbarkeit, in: Steuer und Wirtschaft 27 (1950), 351 (356-360); WALTER, 16, 42; MESSERER, Zum Begriff "Rechtsprechung" und "Richter", DRiZ 1954, 209 (209).

5. Abschnitt

Formelle Merkmale

Trotz ihrer mangelnden Sachdienlichkeit tauchen in der Rechtsprechung und in der wissenschaftlichen Literatur ständig Formalkriterien auf, wenn die Rechtsprechungsfunktion materiell bestimmt werden soll. Gerade weil die formellen Merkmale den Eindruck erwecken, zur materiellen Begriffsbestimmung beizutragen, erscheint es angebracht, sie einzeln aufzudecken..

1. Kapitel

Organisatorische Selbständigkeit

Die Tatsache, daß die Gerichte organisatorisch selbständige Behörden sind, kann zu einer sachlich-funktionellen Abgrenzung der rechtsprechenden von der verwaltenden Tätigkeit nichts hergeben: Nicht alles, was die Gerichte tun, muß Rechtsprechung sein. Wie oben schon ausgeführt,⁷⁵ ist es ein Zirkelschluß, das Wesen einer Funktion danach zu ermitteln, welche Behörde sie vornimmt. Umgekehrt soll die organisatorische Zuweisung einer Funktion Folge ihres Wesens sein.

2. Kapitel

Rechtlich geordnetes Verfahren

Ebenso ist das prozessuale Element eines rechtlich geordneten

Verfahrens⁷⁶ ungeeignet, die Rechtsprechungsfunktion zu erklären. Grundsätzlich gehen alle staatlichen Funktionen in einem durch das Recht geordneten Verfahren vor sich⁷⁷. Die prozessuale Förmlichkeit haftet - mehr oder weniger ausgeprägt - jedem staatlichen Vorgehen an, das mit einem Rechtsetzungs- oder Rechtsanwendungsakt endet. Jeder Staatsakt dieser Art ist folglich in eine für ihn vorgesehene prozessuale Kategorie eingebettet. Wollte man die Verfahrenskategorien über das Wesen der von ihnen ergriffenen Funktionen entscheiden lassen, so überließe man es dem Gesetzgeber, durch förmliche Ausgestaltung einer Staatstätigkeit deren materiellen Gehalt festzulegen⁷⁸. Der apriorische Rang der Funktionen würde negiert. Ein geläufiges Beispiel sei zitiert: Die Verabschiedung des Haushaltsplans durch eine gesetzgebende Körperschaft ist nicht schon deswegen materiell Gesetzgebung, weil sie sich im Gesetzgebungsverfahren vollzieht⁷⁹.

Hinzu kommt, daß sich die Verfahrensnormen der Rechtsanwendung in ihrem Gegensatz zu denen der Rechtsetzung typenmäßig einander angeglichen haben und weiter angleichen können, daß sich also aus der Art, wie Rechtsprechung und Verwaltung prozedieren, kaum Rückschlüsse auf das Wesen der jeweiligen Funktio-

76 Darauf stützen u.a. von MANGOLDT, Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt a.M. 1953, Vorbem. 3 a zum Abschnitt IX, Hans J. WOLFF, I, 73, SCHWAB, Das Verhältnis der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur streitigen Gerichtsbarkeit - eine Frage der Verfahrensart, Diss., Bonn 1960, 112 ff, KRUSE, 52, und Albrecht WAGNER, Der Richter, Karlsruhe 1959, 10, ihre Definitionen. Vgl. auch BVerwG, Urt. vom 16.5.1957, NJW 1957, 1570 (1571).

77 Eine Ausnahme besteht für die "extrakonstitutionelle" verfassungsgebende Gewalt, den "pouvoir constituant originaire", der deshalb Sittengesetz und Naturrecht unterworfen wird. Vgl. KRÜGER, 921 f.

78 Vgl. oben, 6 f.

79 Vgl. BVerwG, Urt. vom 26.3.1955, BVerwGE 2, 36 (37); MENDER, Das Gesetz, 11 ff.

nen ziehen lassen. Das verdeutlichen besonders die Verfahrensgesetze der Staaten mit hochentwickeltem Verwaltungsverfahrensrecht: Österreichs, der CSSR⁸⁰, Jugoslawiens⁸¹, Ungarns⁸² und Polens⁸³, die in den Grundzügen den gerichtlichen Prozeßordnungen nachgebildet sind. Ihrem Verfahrensziel, dem Verwaltungsakt, angemessen, kommen in ihnen vor allem verwaltungsgerichtliche Prozeßmaximen zum Ausdruck, so beispielsweise der sogenannte Grundsatz der materiellen Wahrheit (Instruktionsmaxime)⁸⁴. Was die tragenden Verfahrensgrundsätze anbelangt, ist zwischen den genannten Verfahrensordnungen und dem Straf- und Verwaltungsprozeßrecht nicht selten eine engere Bindung erkennbar als zwischen diesem und dem Zivilprozeßrecht⁸⁵. Die ausländischen Kodifikationen zeigen an, daß der Trend einer weitgehenden Annäherung der Regeln des Verwaltungsverfahrens an die verwandter Prozeßordnungen kaum aufzuhalten ist. Wenn aber Verwaltungshandeln und Rechtsprechung ähnliche, "justizförmige"⁸⁶ Verfahren aufweisen, kann der rechtlich geordnete Verfahrensablauf kein beständiges, die Funktionen der Verwaltung und der Rechtsprechung scheidendes Kriterium sein. Das bedeutet: Selbst als formelles Merkmal ist die rechtliche Ordnung des Verfahrens von zweifelhaftem Wert; als sachliches Merkmal scheidet sie aus.

80 Verordnung über das Verfahren in Verwaltungssachen vom 1.7.1955 i.V.m. der Verordnung des Justizministeriums vom 22.4.1955.

81 Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20.4.1957.

82 Verwaltungsverfahrensgesetz vom 1.10.1957.

83 Gesetz über das Verwaltungsverfahren vom 1.1.1961.

84 Vgl. im einzelnen BECKER, 63 ff m.w.N.

85 Das jugoslawische Verfahren kennt drei Abschnitte: Das Ermittlungs-, das Haupt- und das Vollstreckungsverfahren. In Ungarn wirkt der Staatsanwalt als "Hüter der sozialistischen Rechtsordnung" im Verwaltungsverfahren mit. Vgl. BECKER, 87 ff.

86 Vgl. zu diesem Begriff Eberhard SCHMIDT, I, Nr. 22.

3. Kapitel

Selbständigkeit des Richterspruchs

In Anlehnung an THOMAS⁸⁷ Definition wird häufig die Selbständigkeit des richterlichen Ausspruches als materielles Kennzeichen der Rechtsprechung gewertet⁸⁸. THOMA erblickt den Kernbereich der rechtsprechenden Funktion im richterlichen Spruch, der infolgedessen nach Möglichkeit zu "verselbständigen", d.h. von allen vorausgehenden und nachfolgenden Vollzugsakten abzutrennen sei.

Das Richten bringt, wie jede Aktivität, vorbereitende und nachfolgende Akte mit sich. Sieht man einmal den Erkenntnisakt und den Ausspruch des Erkenntnisses als den Kern richterlicher Tätigkeit an, so haben alle präparierenden und vollziehenden Akte mit dieser "eentlichen" Tätigkeit "an sich" nichts gemein⁸⁹. Die Strafverfolgung, die Maßnahmen zur persönlichen Sicherstellung des Verdächtigen, die prozeßleitenden Verfügungen, die Ermittlung des "materiell" wahren Sachverhaltes, die Einarbeitung in die rechtliche Problematik des "Falles", endlich die Zustellung des Urteils und die Vollstreckung der getroffenen Entscheidung: All dieses "Beiwerk" ist nicht Richterspruch, bewegt sich aber doch mit anwachsender oder abnehmender Intensität darauf zu oder davon weg und sollte an den Nahtstellen, wo die Verwaltung ansetzt und die Rechtsprechung endet, kenntlich gemacht werden. Das

87 129.

88 U.a. von MAUNZ, 229; BETTERMANN, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in: Festschrift für Friedrich LENT, München und Berlin 1957, 17 (24); KLEIN, Steuerwesen und Rechtsordnung, FinArch 14 (1953/54), 1 (10); Günther und Erich KÜCHENHOFF, 123 ("gegenüber anderen Staatsstätigkeiten selbständig"); BÜHLER, Das Verhältnis von Staatsanwalt und Gericht im Strafverfahren, Diss., o.O. 1953, 56.

89 WOLANY, 304.

Kenntlichmachung, die Verselbständigung des richterlichen Spruches kann jedoch nur mit Hilfe organisatorischer und prozesualer Vorkehrungen erfolgen, die zu treffen im Belieben des Gesetzgebers steht⁹⁰. Soweit der Richterspruch derart Selbständigkeit gewonnen hat, kann er sich tatsächlich von allen Akten der Vollziehung abheben. Indes ist damit kein materielles Kriterium der Rechtsprechung gewonnen. Diese ist vielmehr durch formale Mittel markiert. Ob sie richtig gekennzeichnet ist, bleibt überdies fraglich.

4. Kapitel

Verbindlichkeit des Richterspruchs

Neben der Selbständigkeit des Richterspruchs soll dessen autoritative Verbindlichkeit wesentliches Merkmal der rechtsprechenden Tätigkeit sein⁹¹.

Verbindlichkeit entfalten die Akte der Rechtsprechung nicht, weil sie von Natur aus verpflichten, sondern weil sie mit einer Bindungswirkung **a u s g e s t a t t e t** werden. Dem richterlichen Ausspruch wird Verbindlichkeit **b e i g e l e g t**, um ihn durchsetzbar zu machen. Er soll nicht nur als bloße Erkenntnis dessen, was Recht ist, vermittelt werden, sondern

90 THOMA, 129.

91 So das BVerfG, Beschl. vom 30.11.1955, BVerfGE 4, 358 (363); TRIEPEL, Die Reichsaufsicht, Darmstadt 1964, Nachdruck der Ausgabe Berlin 1917, 136 f; SCHEUNER, Der Bereich der Regierung, 278, Fn. 66; BETTERMANN, Die freiwillige Gerichtsbarkeit, 24 und 25; JAHRREISS, Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung, in: Recht, Staat und Wirtschaft, Band II, Stuttgart und Köln 1950, 203 (213); Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages (Referate), Tübingen 1950 (Sonderdruck), 26 (31 f); Das Wesen des Rechtsprechens, 65; Die Wesensverschiedenheit, 132; MÜLLER-TOCHTERMANN, Freiwillige Gerichtsbarkeit zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, DRiZ 1956, 4 (5); GRÖPL, 174; LEFRINGHAUSEN, Untersuchungen zur materiellen Abgrenzung der Rechtsprechung von der Verwaltung, Diss., Bonn 1961, 141.

- weitergehend - ermöglichen, das erkannte Recht nötigenfalls in die Tat umzusetzen. Er soll sich auswirken. Zu diesem Zweck müssen an das Rechtserkenntnis regelmäßig Rechtsfolgen angeknüpft werden. Die Rechtsfolgen werden für verbindlich erklärt, soweit sie nicht schon durch ihren (formell rechtskräftigen) Ausspruch verbindlich gestaltet sind. In jedem Fall aber beruht die Kraft der Verbindlichkeit nicht auf der eigenartigen rechtsschöpferischen Macht des Richterspruches:⁹² Der geistige Akt der Erkenntnis und sein sprachlicher Ausdruck sind nicht ohne weiteres bindend. Das Weitere veranlaßt eben die Rechtsordnung, indem sie Verbindlichkeit anordnet, den Ausspruch richterlichen Erkenntnisses zum staatlichen Hoheitsakt⁹³ wandelt. Dem Rechtsprechen kommt mithin nicht Verbindlichkeit per se, sondern aufgrund prozessualer "Vorkehrungen" des Gesetzgebers zu.

5. Kapitel

Richterliche Unabhängigkeit

Die Selbständigkeit der Gerichte gegenüber anderen staatlichen Behörden, die Unabhängigkeit des Richters von sachfremden Einwirkungen sind wohl die auffälligsten Attribute der Rechtsprechung. Bei keiner anderen staatlichen Funktion ist die Idee der Einwirkungsfreiheit so vollendet in die Wirklichkeit umgesetzt. Im Gegenteil suchen die Gesetzgebung und - in noch stärkerem Ausmaß - die Verwaltung in vielen Fällen die Belebung, die von den Einflüssen Beteiligter auf ihre Funktionen ausstrahlt: Die moderne Gesetzgebung, die dem Pluralismus

92 ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961, 411 (für das Gestaltungs-
urteil).

93 BAUMBACH/LAUTERBACH, Zivilprozeßordnung, 28. Aufl., München und Berlin 1965, Übers. § 300 Anm. 3 A.

der Gesellschaft gerecht werden will, nutzt diesen vielfach gewünschten Einfluß durch die faktische Beteiligung der Lobby oder durch die verfahrensrechtlich vorgesehene Mitwirkung der Betroffenen⁹⁴ aus. Die Verwaltung macht - ganz abgesehen davon, daß sie selbst Beteiligte ist⁹⁵ - in erheblichem Umfang ihr Tätigwerden von der Initiative, ihr Tätigsein von der Mitwirkung und ihre Akte von der Zustimmung des Betroffenen abhängig⁹⁶. Ähnliche Erscheinungen weist allerdings auch die Rechtsprechung auf, vor allem die Zivilgerichtsbarkeit. Die Entscheidung aber, die Erkenntnis des wahren Sachverhaltes und des gerechten Rechtes, entzieht die Rechtsprechung im Dienste der Wahrheit und der Gerechtigkeit den Ein-

94 Etwa - in Nordrhein-Westfalen - bei Erarbeitung der Flächensicherungspläne durch die Landesplanungsbehörde, an der alle beteiligten Behörden, Gemeinden und Gemeindeverbände mitwirken. Der Flächensicherungsplan wird dann durch Rechtsverordnung für verbindlich erklärt; vgl. NAUNIN in LOSCHELDER/SALZWEDEL, Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln und Berlin 1964, 407 f. - Faßt man mit dem Bundesverwaltungsgericht (Urt. vom 6.6.1958, BB 1958, 737 (737 f)) den Rechtsakt der ministeriellen Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages als Rechtsverordnung auf, weil er arbeitsrechtliche Beziehungen einer unbestimmten Zahl von Arbeitnehmern und Arbeitgebern in abstrakter und genereller Weise regelt, so drückt sich in ihm die legislatorische Mitwirkung der Betroffenen mit ungewöhnlicher Prägnanz aus. Allerdings darf nicht übersehen werden, daß gerade die Mitwirkung der Tarifpartner als Argument dazu verwandt wird, den Rechtssatzcharakter der Allgemeinverbindlicherklärung zu bestreiten. Vgl. NIKISCH, Arbeitsrecht, II. Band, Tübingen 1959, 492 ff.

95 EICHENBERGER, 23, ist der Ansicht, der Verwaltungsakt sei als Entscheidung eines an der Sache aktiv beteiligten Staatsorganes das reinste Beispiel "beeinflußen" Staatshandelns.

96 Vgl. zu den sog. mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten Hans J. WOLFF, I, 280 ff.

flüssen der Beteiligten oder Interessenten⁹⁷. Deswegen ist ihre Neutralität organisatorisch so gesichert, daß sie möglichst unabhängig waltet.

Neutralität und Unabhängigkeit sind Begriffe, die sich zwar ergänzen, aber nicht decken. Neutralität ist eine *E i g e n s c h a f t*, die dem parteilosen Dritten, dem Richter, zukommt, weil er innerlich unbeteiligt ist: Anstatt an einem Interesse der Beteiligten *t e i l z u h a b e n*, will er den Interessen der Beteiligten *g e r e c h t* werden. Er sucht den Interessenausgleich nach den Maßstäben des Rechts, und dieses Bemühen um widerstreitende Interessen, um die gerechte Mitte, rückt seinen geistigen Standort zwischen und über die Beteiligten. Dennoch ist er ohne Unterlaß der Gefahr ausgesetzt, die Gerechtigkeit aus den Augen zu verlieren und der Abhängigkeit der Parteien oder anderer Interessierter, insbesondere der Träger nichtrichterlicher staatlicher Gewalt⁹⁸, zu verfallen. Aus diesem Grunde, um der Unnahbarkeit seiner Person und - incidenter - um der gerechten Sache willen, wird dem Richter vor allem in seinem Verhältnis zu den

97 Hinsichtlich der Stoffsammlung versucht sie das sogar in Verfahren, die nicht von der Instruktionsmaxime beherrscht werden: Die Verhandlungsmaxime, die den Parteien die Beibringung und die Feststellung des Tatsachenstoffes überläßt, wird durch die richterliche Aufklärungspflicht sowie andere Mitwirkungsmöglichkeiten des Gerichtes erheblich gemildert und gilt nicht für die Rechtsanwendung und die Beweiswürdigung. Man sollte das verunglückte Schlagwort vom "Prinzip der formellen Wahrheit" meiden.

98 Der Richter kann nach drei Seiten hin abhängig sein: von den Prozeßbeteiligten, vom Staat und von nichtstaatlichen Kräften (Gesellschaft, Verbände, Organisationen, politische Parteien, Presse, Kirchen), vgl. BETTERMANN, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte, III. Band, 2. Halbband, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, Berlin 1959, 523 (525).

übrigen Gewaltausübenden der Status der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit verliehen. Während die Prozeßordnungen⁹⁹ und das Strafrecht¹⁰⁰ die Unabhängigkeit des Richters von den Parteien und den sozialen Machtgruppen sicherstellen, statuiert Art. 97 GG die richterliche Staatsunabhängigkeit¹⁰¹. Der Staat, der neutral sein will, wo er Recht spricht, macht die rechtssprechenden Institutionen von sich selbst unabhängig. Diese relativ¹⁰² stark ausgeprägte Unabhängigkeit vom Staate ist eine Besonderheit der richterlichen Gewalt.

Da die spezifische richterliche Unabhängigkeit durch verfassungsrechtliche Bestimmungen wie die des Art. 97 GG zum Zweck der Sicherung des Rechtsstaates geschaffen ist, darf sie nicht als apriorische Gegebenheit angesehen werden. Gleich der Trennung der Gewalten ist sie nicht mehr als eine staatsrecht-

99 Und zwar die Vorschriften über die Ablehnung und Ausschließung des Richters, wie die §§ 22 ff StPO, 41 ff ZPO, 6 FGG, 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG, 54 VwGO.

100 §§ 334, 336 StGB.

101 Vgl. BVerfG, Beschl. vom 17.1.1961, BVerfGE 12, 67 (71). - Nach h.M. kann neben dem Richter auch der Verwaltungsbeamte Rechtsbeugung (§ 336 StGB) begehen, sofern für die von ihm erledigte Angelegenheit Rechtsgrundsätze maßgebend sind: SCHÖNKE/SCHRÖDER, Strafrecht, 13. Aufl., München und Berlin 1967, Anm. 3 zu § 336, und RG, Urt. vom 19.4.1894, RGSt 25, 376 (377); Urt. vom 14.5.1935, RGSt 69, 213 (214); Urt. vom 26.8.1937, RGSt 71, 315 (316). Da auch die Beamtenbestechung - wenngleich mit mildernden Strafen oder in engeren Strafrahmen - strafbar ist (§§ 331 ff StGB), da ferner die Regeln über die Ablehnung und den Ausschluß kraft Gewohnheitsrechtes oder Gesetzes gleichermaßen für den Verwaltungsbeamten gelten, ist die richterliche Unabhängigkeit erst durch Art. 97 GG umfassender gewährleistet als die anderer staatlicher Organe.

102 Selbst die richterliche Unabhängigkeit ist nicht absolut. Bindung an Gesetz und Recht, Instanzenzug und Präjudiz sind unvermeidliche Gegenstücke der richterlichen Eigenständigkeit. Sie legitimieren sich aus der Intention der Rechtssprechung, der Gerechtigkeit nahe zu kommen.

liche Errungenschaft. Die richterliche Unabhängigkeit als ein Wesensmerkmal des Rechtsprechens anzuführen¹⁰³, ist demnach zumindest sprachlich unpräzis.

EICHENBERGER, der die Merkmale des Unbeteiligtseins und der Unabhängigkeit sehr wohl trennt, meint, erst die Unabhängigkeit des Dritten hebe die Rechtsprechung wesensmäßig aus den anderen Staatsfunktionen heraus¹⁰⁴. Seine eingehende Untersuchung ist ganz darauf abgestellt, diese These zu erhärten. Obwohl EICHENBERGER das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit als unteilbar begreift¹⁰⁵, legt er das Schergewicht seiner Arbeit auf den Bereich der (prozessual und strafrechtlich abgesicherten) Unparteilichkeit und Freiheit von soziologischen Wirksamkeiten, da er die staatsrechtliche Problematik der richterlichen Unabhängigkeit geringer bewertet als die prozeßrechtliche und die soziologische¹⁰⁶. Ob EICHENBERGER die staatsrechtlich instituierte Unabhängigkeit, die ja - wie oben skizziert - den Richter vor allen anderen staatlichen Gewaltträgern auszeichnet, als vorgegebenes, materielles Kriterium der Rechtsprechung auffaßt, bleibt in Anbetracht seiner verfassungsgeschichtlichen Ausführungen zur Verselbständigung des Unabhängigkeitsprin-

103 Das tun u.a. von MANGOLDT, Vorbem. 3 a zum Abschnitt IX; LEIBHOLZ/RINCK, Anm. 19 zu Art. 20; SCHORN, Strafgewalt der Finanzämter, JR 1965, 171 (171); MENDER, System, 46 f, 49; Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, 587 (589); HABSCHEID, Steuerstraßverfahren und Grundgesetz, MDR 1966, 1 (3). Vgl. BVerfG, Beschl. vom 8. 2.1967, NJW 1967, 1123 (1123); OLG Köln, Beschl. vom 17.3. 1966, NJW 1966, 1761 (1762); BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Gedächtnisschrift für Walter JELLIENEK, München 1955, 361 (372); WILKE, 88 ff; LEFRINGHAUSEN, 140 ff und 182. Hans J. WOLFF, I, 72, bezeichnet die sachliche Unabhängigkeit ganz richtig als "modales", also formelles Kriterium; ebenso WESSELS, 591 f und Fn. 19. Vgl. auch Eberhard SCHMIDT, Probleme der richterlichen Unabhängigkeit, DRiZ 1962, 401 ff.

104 23.

105 26 f.

106 49.

zips¹⁰⁷ zweifelhaft. Immerhin erkennt EICHENBERGER zu Recht an, daß das Prinzip richterlicher Unabhängigkeit ein selbständiges K o n s t i t u t i o n s p r i n z i p ist wie die Dreiteilung der Gewalten¹⁰⁸. Eine verfassungsrechtliche Institution als solche kann jedoch nicht Wesensmerkmal einer Funktion sein. Damit soll keinesfalls bestritten werden, daß die N e u - t r a l i t ä t des Richters - auch gegenüber dem Staat, eben gegenüber jedermann ohne Ausnahme - ein echtes Kennzeichen der rechtsprechenden Funktion darstellt. Von ihr wird deshalb später noch die Rede sein.

6. Kapitel

"Historischer" Rechtsprechungsbegriff

Weil einesteils das "gemeinsame" sachliche Merkmal der Rechtsprechung und der Verwaltung - die Rechtsanwendung - eine dogmatische Begriffsbestimmung erschwert, andernteils ein materieller Funktionsbegriff der Rechtsprechung angesichts der von der Verfassung vorausgesetzten Funktionendreiheit unverzichtbar erscheint, greift man - der Not gehorchend - gern auf den recht bequemen "historischen" Rechtsprechungsbegriff zurück¹⁰⁹.

107 74 ff.

108 91.

109 BVerfG, Beschl. vom 15.3.1961, BVerfGE 12, 264 (274); HABSCHEID, Grundfragen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, RPfl 1957, 164 (166); Steuerstrafverfahren, 2; LENT/HABSCHEID, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4. Aufl., München und Berlin 1962, 26; BAUR, Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit, DNotZ 1955, 507 (512, 519); BACHOF, Aussprache, 178 f; GRÖPL, 22 und 146; WILKE, 92 ff. WILKE bestreitet zwar das Erfordernis und die Existenz eines materiellen Rechtsprechungsbegriffes, spricht aber im gleichen Atemzuge von "materiellen" Funktionsbegriffen (92), von "reinen" Funktionen (93), von "Kernfunktionen" (93 f), von Aufgaben "im materiellen Sinne" (95) und dergleichen mehr. Diese Widersprüche erklären sich wohl daraus, daß WILKE - wie viele andere - den Ausgangspunkt und das Anliegen der staatsrechtlichen Funktionenlehre übersieht.

Danach ist das "materiell" Rechtsprechung, was dem Richter historisch an Aufgaben zugewachsen ist. Um die staatsrechtliche Funktionenlehre nicht zu kompromittieren, wird der Kreis dieser "rechtsprechenden Aufgaben kraft Herkommens" häufig mittels echter materieller Kriterien nachgezogen.

Das Richten ist ein soziologisches Phänomen und demzufolge annähernd so alt wie die Menschheit selbst. Es tritt dann in Erscheinung, wenn Menschen vom Willen getragene Meinungen über ihr Recht einander entgegensetzen und den Entscheid eines neutralen Dritten über ihre rechtlich geschützten Interessen der gewaltsamen Auseinandersetzung um ihre tatsächlichen Interessen¹¹⁰ vorziehen. Recht und Richten sind deshalb Begriffe, die sich komplementieren: Das Richten bedingt ein maßstäbliches Recht, welches - am Gerechtigkeitsprinzip ausgerichtet - eine vorweggenommene Abwägung möglicher Interessenlagen in sich trägt. Die Gesamtheit des in einem stetigen Wachstum begriffenen Rechtes bildet die Rechtsordnung. Mit zunehmender Verfeinerung der Rechtsordnung wächst der Bezugsbereich des Richters. Es besteht somit wirklich eine historische Beziehung zwischen den Aufgaben der Rechtsprechung und der Rechtsordnung, insoweit nämlich, als der Richter mit den rechtlichen Maßstäben *s e i n e r Z e i t* richtet. Dieser Zusammenhang ist jedoch ein qualitativer, kein quantitativer. Das bedeutet, daß das qualitative Wachstum der Rechtsordnung nicht den *U m f a n g* der richterlichen Aufgaben festlegt, sondern die *M a ß s t ä b e* beeinflusst, die der Richter beim Rechtsprechen anwendet.

Dieses alternierende Verhältnis des Richters zum Recht muß die Lehre vom "historischen" Rechtsprechungsbegriff folglich

110 Zu dem Verhältnis zwischen Recht und Interesse vgl. Hans J. WOLFF, Die Gerechtigkeit als principium iuris, in: Festschrift für Wilhelm SAUER, Berlin 1949, 103 ff, und MENDER, System, 27.

als selbständige Größe ausklammern. Was bleibt, ist die Begründung von Zuständigkeiten mittels organisatorischer Maßnahmen ohne Rücksicht auf vorgegebene, überzeitliche Merkmale der zugewiesenen Funktion. Mag die Begründung einer richterlichen Zuständigkeit auch noch so "historisch" sein: Sie ist nicht apriorisch, sagt nichts über das Wesen der Funktion aus und setzt lediglich den - widerlegbaren - Anschein, daß es sich bei der dem Richter anvertrauten Funktion um eine rechtsprechende handelt. Denn wie das positive Recht eine Funktion anschaut, ist unerheblich¹¹¹.

Folgende Überlegung tritt hinzu: Bis zur staatsrechtlichen Verselbständigung der dritten Gewalt gab es ebensowenig einen beständigen Aufgabenkreis des Richters wie einen auf das Richter beschränkten Richterberuf. Die Strafergerichtsbarkeit etwa lag nicht immer vollständig in richterlichen Händen: Sie wurde, um ein Beispiel aus der karolingischen Epoche herauszugreifen, zuweilen neben oder über der ordentlichen (Volks-) Gerichtsbarkeit vom König im sogenannten Königsgericht ausgeübt¹¹². Andererseits nahm der Richter weitgehend verwaltende Aufgaben wahr. Da man Rechtsprechungs- und Verwaltungsfunktionen weder sachlich noch begrifflich - für beide galt der funktionale Begriff "jurisdictio" - auseinanderhielt, wurde den Untergerichten bis ins 18. Jahrhundert hinein eine Fülle polizeilicher Aufgaben aufgebürdet¹¹³: So oblagen die Kontrolle der Kleiderordnungen und der Handwerksbräuche, der Maße, Gewichte und Lebensmittelpreise und die Überwachung der Ärzte, Hebammen und Lehrer den örtlichen Richtern. Nach Loslösung der rechtsprechenden von der ausführenden Gewalt und mit der darauf folgenden konstitutionellen Konsolidation der richter-

111 EICHENBERGER, 9.

112 Vgl. Eberhard SCHMIDT, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965, 43.

113 Vgl. im einzelnen DÖHRING, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin 1953, 10 ff (12).

lichen Unabhängigkeit fiel zwar der Großteil der verwaltenden, besonders der oben erwähnten handels- und gewerberechtlichen Aufgaben in die Zuständigkeit der polizeilichen Verwaltung. Auf der anderen Seite beließ oder übertrug man dem Richter - auch auf dem Gebiete des Strafrechtes - eine Reihe verwaltender, z.B. präventivpolizeilicher Funktionen, da sie nach Auffassung des rechtspolitischen Liberalismus in der Hand des unabhängigen Richters besser aufgehoben schienen als etwa bei der weisungsgebundenen Staatsanwaltschaft. So verwandelt denn auch die Anknüpfung an den g e s c h i c h t l i c h e n Tatbestand der richterlichen Unabhängigkeit den "historischen" Rechtsprechungs-begriff nicht in einen materiellen¹¹⁴: Wenn Funktion und Funktionsträger auswechselbar waren und sogar - nach vollzogener Gewaltentrennung und nach Einrichtung der staatsrechtlichen Unabhängigkeit des Richters - blieben, kann sich der Gesetzgeber kaum "darauf verlassen, daß der historisch gewachsene Aufgabenkreis der Gerichte sichere Anhaltspunkte"¹¹⁵ für eine Umgrenzung des Rechtsprechungs-begriffes geben wird. Im Ergebnis heißt das: Der "historische" Rechtsprechungs-begriff ist aus der Sicht der staatsrechtlichen Funktionslehre unhaltbar; historische Zuständigkeiten sind nur bedingt taugliche Indizien des Funktionswesens.

7. Kapitel

"Materialer" Rechtsprechungs-begriff

ARNDT's "materiale" Bestimmung des Rechtsprechungs-begriffs¹¹⁶ steht in engem Zusammenhang mit den Versuchen, das Wesen des

¹¹⁴ Vgl. die Kritik zu WILKE, oben, 5.

¹¹⁵ BAUR, Der Begriff der Rechtsprechung, 512.

¹¹⁶ ARNDT, Richter, Gerichte und Rechtsweg in der Reichsverfassung, ArchÖR 1932, 183 (214); Das Bild des Richters, 8 ff; Strafgewalt der Finanzämter?, NJW 1959, 605 (605-607); Rechtsprechende Gewalt, 10 ff; Gesetzesrecht, 1280; vgl.

Rechtsprechens aus formellen Merkmalen heraus zu entwickeln. ARNDT selbst lehnt zwar die Alternative zwischen einem formellen und einem materiellen Rechtsprechungsbegriff ausdrücklich ab¹¹⁷, begibt sich also außerhalb des Kreises derer, die auf einer sachlichen Begriffsbestimmung bestehen und förmliche Merkmale heranziehen; seine "materiale" Definition wird aber von Eberhard SCHMIDT und anderen als materielle mißdeutet¹¹⁸.

ARNDT sieht in der Rechtsprechung "die verselbständigte und mittels Repräsentation ausgeübte Staatstätigkeit, die für eine - in der Verwirklichung eines bestimmten Sachverhaltes begründete - Berechtigung Rechtskraft wirkt, d.h. die Berechtigung als gültige (sogar gesetzesfest) qualifiziert"¹¹⁹. Stellt man die in den Augen ARNDTs "unfruchtbare" Frage nach "dem vermeintlich Formellen und dem vermeintlich Materiellen"¹²⁰, so ergibt sich, daß ARNDT die Funktion der Rechtsprechung im wesentlichen¹²¹ mit formellen "Materialien" umschreibt¹²²:

Das Merkmal der Verselbständigung des Ausspruches gegenüber anderen Staatsakten - von ARNDT "methodisch" benannt - ist ein förmliches¹²³. Weil es dadurch gewonnen wird, daß der

auch ARNDT, Die Aufgabe des Juristen in unserer Zeit, Düsseldorf 1966, 12 (21 f). Der Begriff wird übernommen von Eberhard SCHMIDT, I, Nr. 9 ff; WILKE, 14; GÖRCKE, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, ZStW 73 (1961), 561 (579).

117 ARNDT, Strafgewalt, 605 und 606. ARNDT schließt sich der prozeßrechtlichen Lehre GOLDSCHMIDTs an.

118 Eberhard SCHMIDT, I, Nr. 14.

119 Strafgewalt, 607.

120 Strafgewalt, 605.

121 ARNDT macht auch von materiellen Kriterien Gebrauch. Er betont immer wieder, daß der Richter einen "bestimmten" Sachverhalt beurteile und dabei Recht schöpfe. So verquickt ARNDT materielles und formelles "Material".

122 Es wird nun ausschließlich auf ARNDT, Strafgewalt, Bezug genommen.

123 Vgl. oben, 31 f.

Gesetzgeber den Richterspruch durch prozessuale "Vorkehrungen" von andersgearteten Staatsakten distanziert, ist es gerade **n i c h t** geeignet, "die Unfruchtbarkeit aller Bemühungen um eine **l o s g e l ö s t e** Begriffsbestimmung des Rechtsprechens **a u s s i c h s e l b s t h e r a u s**" zu beweisen: Die staatsrechtliche Funktionenlehre verwendet es nämlich gar nicht.

Unter dem Merkmal der Repräsentanz versteht ARNDT die Vergegenwärtigung des im Staat zusammengeschlossenen Volksganzen in der Person des Richters, der im Namen des Volkes Recht spricht, "wodurch der Staat die Möglichkeit gewinnt, sich selbst gegenüberzutreten." Gemeint ist letztlich die verfassungsrechtlich instituierte Unabhängigkeit des Richters vom Staat, ein formelles Merkmal mithin¹²⁴.

Die Rechtskraft schließlich, die die richterliche Tätigkeit für die "Berechtigungen", um die es im Verfahren geht, "wirkt", ist ein prozeßrechtlicher Appendix an das richterliche Erkenntnis: Daß die Entscheidung des Richters unanfechtbar und die in ihr festgesetzten Rechtsfolgen maßgeblich¹²⁵ werden, folgt nicht aus dem Rechtsprechen als solchem. Was Recht ist, kann auch ohne Rechts-Kraftwirkung festgestellt werden. Kraft wirkt das erkannte Recht nur, weil es das positive Recht im Interesse der **R e c h t s s i c h e r h e i t** - ein Grundsatz, der mit der vom Richterspruch angestrebten

124 Vgl. oben, 33 ff.

125 Ob man die prozeßrechtliche oder die sachlichrechtliche Theorie der inneren Rechtskraft oder gar die Rechtschöpfungslehre BÜLOWS vertritt - vgl. dazu BAUMBACH/LAUTERBACH, Einf. §§ 322-327, Anm. 2 A; ROSENBERG, 735 ff -, ist dabei unerheblich: Niemals verfügt der Richter von sich aus über die "Kraft", Recht zu "wirken".

G e r e c h t i g k e i t sogar kollidieren kann¹²⁶ - so vorsieht. Hier darf auf die Ausführungen zum Merkmal der Verbindlichkeit verwiesen werden¹²⁷.

ARNDT hält die Einteilung der Funktionen nach Form und Materie für sinnlos, weil die Suche nach der Form zu der Selbstverständlichkeit führe, daß Legislative, Exekutive und Judikative Formen derselben einheitlichen Staatsgewalt seien, und weil die Suche nach der Materie seiner Ansicht nach in der ebenso selbstverständlichen Feststellung ende, daß Gegenstand der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung das Recht sei. In diesen Argumenten kehrt die Lehre KELSENS von der Konformität der Staatsgewalt und der gleichbleibenden Qualität der Staatsakte wieder, auf die oben schon eingegangen wurde.

Im folgenden soll versucht werden, die Eigenart des Richtens ohne Zuhilfenahme formeller Merkmale aufzuhellen.

126 ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 3. Aufl., Stuttgart 1964, 162 ff ("Prinzipienwidersprüche"); RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 174 ff; KRIELE, Kriterien der Gerechtigkeit, Berlin 1963, 83.

127 Vgl. oben, 36 f.

6. Abschnitt

Materielle Kriterien

Richten ist menschliches H a n d e l n , eine komplexe Erscheinung menschlichen Tuns und Unterlassens, die im Ergebnis zum Richters p r u c h , zum Rechts p r e c h e n führt. Zum Vergleich kann der rechtliche Handlungsbegriff¹²⁸ herangezogen werden: Betrachtet man den abschließenden Ausspruch des Richters als den "tatbestandlichen" Erfolg, den das richterliche Handeln bewirkt, so bestimmt sich der Standort des Richtens selbst als vor-tatbestandlich, tatbestandsapriorisch. Das Wort "Recht-sprechen" weist zutreffend einen doppelten Sprachgehalt auf: Das etymologisch auf die indogermanische Wurzel "reg" zurückgehende Handlungselement des Richtens, des Am-Recht-Messens, der Rechtsfindung, und das Erfolgselement des Spruches, der verlautbarten Entscheidung¹²⁹. Das erstere, die Handlung des Richtens, die im allgemeinen hinter dem entscheidenden Spruch und seiner Wirksamkeit verblaßt, muß hier in den Vordergrund gerückt werden. Denn die Tätigkeit, die in den Richterspruch mündet, ist das eigentliche Richten.

Wie jedes menschliche Handeln - im Rechtssinn - erschöpft sich das Richten nicht in der bloßen, äußerlich in Erscheinung tretenden V e r h a l t e n sweise. Es treten begriffsnotwendig zwei sich wechselseitig bedingende Momente hinzu: Das des willensauslösenden, motivierenden Anlasses und das des angesteuerten Zieles. Das äußere Verhalten des Richters wird aus einem gegebenen Anlaß heraus von seinem bewußt steuernden Willen beherrscht und ist auf einen bestimmten Erfolg, die gerechte Entscheidung, angelegt.

128 Zum (straf-)rechtlichen Handlungsbegriff vgl. MAURACH, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965, 135 ff.

129 WOLANY, 305.

Methodisch hat es demnach wenig Sinn, das Richten unter zwei voneinander getrennten Aspekten, einem ontologischen und einem teleologischen, so zu deuten, als habe es zwei Wesenszüge¹³⁰. In Wirklichkeit handelt es sich um eine unteilbare, in sich geschlossene Erscheinung, aus der sich der verfolgte "Zweck" nicht herauslösen läßt. Ein Handeln ist i m m e r auf einen "Zweck" ausgerichtet; dieser bringt den Handlungsbegriff nicht in einen Gegensatz zu sich selbst, sondern vervollständigt ihn. Da sich das Ziel des Richtens wirkungsvoll offenbart, kann es ebenfalls ontologisch ermittelt werden.

Motiv und Zweck eines Handelns sind gleichermaßen der Analyse zugänglich, wenn sie nach außen hin kenntlich werden. Das ist bedeutsam, weil gerade die materielle Seite, das Wesen des Rechtsprechens in Frage stehen. Die äußere F o r m der Funktion bietet - wie sich herausgestellt hat - nur unsichere Anhaltspunkte. Über das W e s e n der rechtsprechenden Funktion geben somit letzten Endes neben der dem Richter eigenen Art der "Rechtsanwendung" das Motiv und die Intention Auskunft, aus dem heraus und mit der der Richter an seine Aufgaben herangeht¹³¹. Anlaß, Art und Ziel des Richtens verdienen infolgedessen eine voneinander abgesonderte Betrachtung.

1. Kapitel

Anlaß des Richtens

Anlaß des Richtens ist ein Streit zwischen Rechtsträ-

¹³⁰ So geht LEFRINGHAUSEN, 8 ff, vor. Seine M e t h o d i k ist selbstverständlich nicht "falsch"; sie vermittelt aber den Eindruck, als schlossen sich ontologisches und teleologisches Denken gegenseitig aus.

¹³¹ Das wird nicht selten verneint. Z.B. meint Gerhard MATERN, Steuerstrafergerichtsbarkeit, 357, der inneren psychologischen Einstellung des Richters sei kein nach außen hin erkennbares Unterscheidungsmerkmal zu entnehmen.

gern¹³². Richten heißt: Entgegengesetzte Meinungen über Rechte und Pflichten auf einen möglichst gerechten Nenner bringen. Es setzt voraus, daß ein **R e c h t s v e r h ä l t n i s** besteht oder als bestehend in Anspruch genommen wird, welches Rechte und entsprechende Pflichten begründet; es setzt weiter voraus, daß sich die Rechtsträger über das Bestehen oder den Inhalt des Rechtsverhältnisses **n i c h t e i n i g** sind.

1. Rechtsverhältnis

Rechtsverhältnisse entstehen auf dem Boden der Rechtsordnung. Die Bestimmungen des objektiven Rechtes¹³³ legen - nach Abwägung der normrelevanten Interessen¹³⁴ - die Rechte und die Pflichten der Rechtsgenossen verbindlich fest. Sie erfüllen insoweit eine Bewertungsfunktion¹³⁵, als sie vorweg erklären,

¹³² Den Rechtsstreitcharakter betont FRIESENHAHN in seinem Beitrag "Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen" zu der Festschrift für Richard THOMA, Tübingen 1950, 21 ff, besonders 26 ff. Das Kriterium der "Streitentscheidung" hatte indessen - wenngleich mehr beiläufig - schon lange zuvor Eingang in das wissenschaftliche Schrifttum gefunden: Vgl. von JHERING, Der Zweck im Recht, 1. Band, Leipzig 1877, 382 (386); BLUNTSCHLI, Lehre vom modernen Staat, II. Teil, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., Stuttgart 1885, 307; ANSCHÜTZ, Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Handbuch der Politik, 1. Band, Grundlagen der Politik, 3. Aufl., Berlin und Leipzig 1920, 301 (302); BÖTTICHER, Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg?, ZZP 51 (1926), 201 (207/208); Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht, Berlin 1928, 5; FRIESENHAHN, Die Funktionen der Staatsgewalt, Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II, Tübingen 1932, 523 (524), und die bei FRIESENHAHN, Begriff und Arten, a.a.O., 27, Fn. 27, zitierten Autoren.

¹³³ Zweideutig GRÖPL, 49, der die Grundlage der Rechtsverhältnisse im "materiellen Recht" sieht. Auch das formelle Recht spricht dem Schutzwürdigen materielle Ansprüche zu wie den auf rechtliches Gehör in den einzelnen Situationen des Strafverfahrens.

¹³⁴ Vgl. oben, 43.

¹³⁵ Eberhard SCHMIDT, I, Nr. 38.

was die soziale Ordnung in einer gedachten, vom Einzelfall abstrahierten Soziallage dulden kann und deswegen erlaubt bzw. nicht dulden kann und deswegen verbietet. Sie bauen wertmaßgebende "Sozialschranken"¹³⁶ auf, indem sie dem einzelnen das Rechtmäßige gestatten und das Rechtswidrige untersagen¹³⁷. So setzt das objektive Recht Beziehungen zwischen Rechtsträgern, die subjektive Rechte erhalten und gleichzeitig mit Anforderungen und Pflichten belastet werden. Jeder imperative Rechtssatz vermehrt oder sublimiert die Rechtsverhältnisse der von ihm angesprochenen Subjekte, ganz gleich, ob er dem privaten oder dem öffentlichen Recht entspringt. Auf diese Weise kann sich auch der Staat¹³⁸ binden, nämlich dadurch, daß er sich selbst imperativen Rechtssätzen unterwirft. Er selbst wird (hoheitliches) Rechtssubjekt¹³⁹ und tritt damit in ein Rechtsverhältnis ein, das dem Privaten immer dann eine korrespondierende Berechtigung, ein sogenanntes subjektives öffentliches Recht verleiht, wenn die Bindung im Interesse und zum Schutz der vom Staatshandeln betroffenen Zivilperson geschaffen wurde. Eine solche, den Privaten berechtigende Bindung - mag sie sich aus dem Gesetz oder aus ungeschriebenem Recht ergeben - liegt beispielsweise in den Fällen vor, in denen der Staat sich selbst ein geordnetes Verfahren oder ein sachgemäßes Verhalten diktiert¹⁴⁰. Sie ist na-

136 Georg JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914, 360.

137 Vgl. ENGISCH, 27 f; Eberhard SCHMIDT, I, Nr. 38 und Nr. 64.

138 Oder ein beliehener Verwaltungsträger.

139 Hans J. WOLFF, I, 231.

140 Hans J. WOLFF, I, 231 ff (233); FORSTHOFF, 177 ff (181); BACHOF, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band I, 2. Aufl., Tübingen 1964, Teil 2, B 98 ff.

mentlich in Gestalt der grundrechtlich geschützten subjektiven Freiheitsrechte gegeben¹⁴¹.

2. Streit

Solange sich die Rechtsträger über die rechtliche Gestaltung einer sie verbindenden Beziehung einig sind und sich rechtmäßig verhalten, ist die Rechtsordnung ungestört. Die Rechtsordnung wird jedoch in Frage gestellt, wenn sich ein Verpflichteter bewußt oder unbewußt gegen sie auflehnt oder (und) wenn eine Meinungsverschiedenheit darüber ausbricht, ob oder in welchem Umfang Rechte und Pflichten bestehen. Wie immer der Verpflichtete subjektiv zu seiner Verpflichtung steht, ob er sich ihrer bewußt ist und sich darauf einzustellen vermag, ob er sie nicht zur Kenntnis nimmt und sich nicht darauf einstellt, ob er sie bezweifelt und sich nicht darauf einstellen will: Ursache eines Streites um Rechte ist regelmäßig eine Rechtsverletzung^{142.143}, die auf einem Verstoß gegen eine Rechtspflicht beruht.

141 Es kann unerörtert bleiben, ob die Grundrechte als vorstaatliche Rechte zu verstehen sind oder nicht (vgl. dazu von MANGOLDT/KLEIN, I, Vorbemerkungen A II ff, insbesondere A II, 70 f; FORSTHOFF, 32 f): Sie begründen jedenfalls Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Grundrechtsträger.

142 So schon von SARWEY, Allgemeines Verwaltungsrecht, in: Handbuch des Öffentlichen Rechts, 1. Band, Allgemeiner Theil, 2. Halbband, Freiburg i.B. und Tübingen 1884, 13.

143 Droht die Verletzung eines Rechtes, so fordert die tatsächliche Unsicherheit der Rechtslage zu einem Streit heraus. Auf Rechtsstreite dieser Art haben sich die Verfahrensordnungen - soweit erforderlich - eingerichtet, z.B. in der Feststellungsklage des § 256 ZPO - die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde ausgenommen, da sie eine Unsicherheit in der Beweislage beheben soll - und in der Zwischenfeststellungsklage des § 280 ZPO, auch wenn diese - wie die Feststellungsklage des § 146 KO - ein rechtlich geschütztes Interesse nicht ausdrücklich voraussetzt. - Der Schutz auch des bedrohten Rechtes ist allgemein als Eigentümlichkeit der Rechtsprechung anerkannt, etwa schon von ANSCHÜTZ, Die Verfassung

Gewiß löst nicht jede Rechtsverletzung einen andauernden Streit aus. Manchmal sind oder werden sich der Verpflichtete und der Berechtigte darüber einig, daß ein pflichtwidriges Verhalten nicht recht war und demgemäß einer Korrektur bedarf, wobei selbst über das "wie" dieser Korrektur Einigkeit bestehen kann. Sie bringen, wie man treffend sagt, "die Sache wieder in (die rechte) Ordnung", richten die gestörte Rechtsordnung aus eigenem Willen und aus eigener Kraft wieder her. Häufig aber kommt keine Einigung zustande: Es bleibt beim Streit um das verletzte Recht.

Die Bezugspunkte des Rechtsstreites lassen sich differenzieren. Im Streit können sowohl die Rechtsverletzung als auch die Angemessenheit der Rechtskorrektur sein, der Maßnahme also, mit der die gestörte Rechtsordnung im konkreten Fall wieder befriedet werden soll¹⁴⁴.

a. Rechtsverletzung

Meinungsverschiedenheiten um Rechtsverletzungen entstehen dann, wenn der Pflichtige im Widerspruch zur Ansicht des Berechtigten glaubt, er habe niemandes Recht verletzt. Seine An-

des deutschen Reichs, 473. Im weiteren stellt die Untersuchung jedoch auf den Normalfall, die Rechtsverletzung, ab und greift die Rechtsbedrohung nur dann auf, wenn es angezeigt erscheint.

- 144 Offenbar ist es im bisherigen Verlauf der Diskussion um das Kriterium des Rechtsstreites nicht für nützlich erachtet worden, die Streitobjekte aufzuschlüsseln und zu beleuchten. Diese Methode eröffnet neue Perspektiven. Im Strafverfahren etwa dreht sich der Streit ebenso um die Art und das Maß der Deliktsfolgen wie um die Fragen der Täterschaft, der Tat, der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens. Es gibt also Streitpunkte auf verschiedenen Ebenen.

nahme, rechtmäßig gehandelt zu haben, trifft möglicherweise zu, deckt sich aber nicht mit der Meinung des Berechtigten. Man ist verschiedener Anschauung. Diese Uneinigkeit hat zwei Gründe, die man mit TROLLER¹⁴⁵ im Bereich des objektiven Rechtes und im Bereich des subjektiven Verständnisses des Rechtes suchen mag.

Einmal sind die Rechte und Pflichten begründenden Gesetze lückenhaft oder unklar, mehrdeutig. Sie regeln ja durchweg typisierte Sachverhaltsgruppen und nicht gerade das eine streitige Lebensverhältnis, lassen sogar manche Sachverhalte unberücksichtigt. Die Unvollständigkeit und die Unklarheit der Gesetze schaffen Unsicherheiten im objektiven Recht, die sich reflektorisch auf die Rechtsstellungen der einzelnen auswirken und so den Streit um das ungewisse subjektive Recht provozieren.

Diese Feststellung leitet zum zweiten Grund über: Die Unsicherheit im Recht zwingt die Parteien¹⁴⁶, das Gesetz zu verstehen, auszulegen, zu ergänzen¹⁴⁷. Da es um handfeste Interessen geht, liegt nichts näher, als "sein Recht" einseitig, zu seinen Gunsten zu interpretieren. Infolgedessen streitet man sich, ob ein R e c h t verletzt wurde.

145 Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main-Berlin 1965, 92.

146 Der Parteibegriff wird hier und weiterhin nicht im prozeßrechtlichen Sinn verwandt.

147 Es zeigt sich, daß TROLLERS Schema objektiver und subjektiver Streitursachen im Ansatz verfehlt ist: Das objektive Recht selbst begründet keinen Streit; erst der Gegensatz der Ergebnisse subjektiven Rechtsverstehens ruft Streit hervor. Es gibt mithin nur subjektive Gründe einer Uneinigkeit.

Mit dem Recht verbindet sich der konkrete Sachverhalt, der den Beteiligten oft ebenso unklar ist wie das Recht. Die Partei bildet sich grundsätzlich von ihrem persönlichen Standpunkt aus eine Vorstellung von den Ereignissen. Sie ist selten willens oder in der Lage, jene Sachverhaltsseite in ihr Bild über das fragliche Geschehnis einzubeziehen, die der andere im Auge hat. So kommt eine einseitige, "halbwahre" Ansicht zustande, die mit der des Gegners kollidiert: Man streitet sich, ob ein Recht v e r l e t z t wurde.

Diese Einseitigkeit bei der Auslegung von Rechtsregeln und bei der Betrachtung von Sachverhalten findet man auch bei Personen, die die Gesetze nicht im eigenen, sondern im Interesse der Allgemeinheit vollziehen¹⁴⁸. Der pflichtbewußteste und genaueste Vertreter einer Gesamtheit wie die der staatlichen Verwaltung identifiziert allzu leicht die Interessen der von ihm repräsentierten Allgemeinheit mit seinen persönlichen. Sobald er das Amt mit seiner Person gleichsetzt, läuft er Gefahr, die Interessen des einzelnen als widersächlich zu behandeln. Das ist als eine wohl unvermeidbare soziologische Gegebenheit hinzunehmen.

b. Rechtskorrektur

Die durch die Rechtsverletzung ausgelöste partielle Rechts-Unordnung bedarf einer befriedigenden Korrektur. Das ursprünglich ausgewogene Verhältnis von Recht und Pflicht muß wieder ins Gleichgewicht gebracht werden. Um bei der Allegorie der Justitia zu bleiben: Der Verpflichtete, dessen Verhalten zur Rechtsordnung gewogen und für zu leicht befunden ist, hat ein Gewicht in die Waagschale zu legen, auf der er es sich zu leicht gemacht hat. Es bleibt offen, wie schwer dieses Gewicht

148 TROLLER, 92.

sein muß, um den Ausgleich zu erzielen. Das zu bemessen, ist der vielleicht schwierigste, sicherlich subtilste Akt des Richtens. Versuchen sich die Parteien daran im Bestreben, den Rechtsfrieden zu wahren, so stehen sie vor der zuweilen unlös-
baren Aufgabe, sich selbst gegenüber gerecht zu sein.

Es liegt nahe, daß die Parteien gerade bei der Bemessung der das Unrecht korrigierenden Rechtsf o l g e n in Streit geraten. Das rechtsverletzende Verhalten ist als Bündel von T a t s a c h e n , wenn auch unter Schwierigkeiten, nachweisbar; es läßt sich in der Regel auch reibungslos unter das G e s e t z subsumieren, weil sich das Gesetz - besonders im Strafrecht - auf der Tatbestandsseite weitgehend deutlich ausdrückt. Die Bestimmung der Rechtsfolgen aber - namentlich der strafrechtlichen Folgen eines Deliktes - überläßt das positive Recht umfänglich der richtenden Bewertung¹⁴⁹. Es gibt lediglich Anhaltspunkte und Richtlinien, anhand derer die gerechte, dem Einzelfall angemessene Folge des Unrechtes aufzuspüren ist. Damit werden hohe, manchmal unerfüllbare Anforderungen an die Einsicht der Parteien gestellt: Die Einsicht verschließt sich eher der Gerechtigkeit als dem Gesetz und eher dem Gesetz als den Tatsachen.

Ursache des Streites um die Festsetzung der Rechtsf o l g e n einer Pflichtwidrigkeit ist nicht mehr die unterschiedliche Anschauung des Sachverhaltes, sondern nur noch die voneinander abweichende Einstellung zum Gesetz und zur Gerechtigkeit. Daß das Gesetz zum Streit herausfordern kann, wurde oben¹⁵⁰ erwähnt. Die Gerechtigkeit aber ist menschlicher Erkenntnis um so mehr entzogen, wenn sie sich nicht im positiven Recht niederschlägt.

149 Zum strafrichterlichen "Ermessen" bei der Festsetzung der Deliktsfolgen vgl. unten, 124, Fn. 363.

150 49.

3. Neutralität

Da die Rechtsgenossen in Frieden leben wollen, muß jeder Streit um Rechte und Pflichten beigelegt werden können. Die Rechtsordnung hat den Sinn, Frieden zu halten¹⁵¹, und darf deswegen eine gewaltsame Auseinandersetzung nicht dulden. Sie muß sich selbst helfen, wenn die streitenden Parteien nicht in der Lage sind, als Richter in eigener Sache zur gleichen Ansicht zu gelangen oder wenigstens im Wege des Nachgebens den Rechtsfrieden wiederherzustellen. Aus diesem Grunde sieht sie vor, daß ein unparteiischer Dritter den Streit entscheidet. Wenn - wie durchweg im Zivil- und Verwaltungsrecht - vorwiegend Einzelinteressen oder begrenzte Interessenbezirke im Streit sind, stellt sie den Dritten in Gestalt des Richters zur beliebigen Verfügung. Da, wo die Interessen der Allgemeinheit einbezogen sind¹⁵², wo die Rechtsverletzung oder die Rechtungsgewißheit einen auffälligen Intensitätsgrad annehmen, macht sie die Befriedigung durch den Richter obligatorisch. So entscheidet der Richter über alles Unrecht, das strafwürdig ist oder sonst die Interessen der Allgemeinheit in Mitleidenschaft zieht¹⁵³.

Sobald also diejenigen, die um Rechte streiten, ihre Auseinandersetzung nicht selbst schlichten wollen oder dürfen, ist ein Dritter notwendig, der ihnen die Entscheidung abnimmt¹⁵⁴. Die un p a r t e i i s c h e Stellung des Dritten

151 EICHENBERGER, 10.

152 Z.B. im Ehescheidungsverfahren.

153 TROLLER, 128. - Der Gesetzgeber bestimmt, wann allgemeine Interessen von einem Streit um bedrohtes oder verletztes Recht derart berührt werden, daß ein Richterspruch unumgänglich ist.

154 Auch der primitive Rechtsstreit kennt die Dazwischenkunft des "Dritten": Im Zweikampf entscheidet die Kraft oder das Geschick, im Ordal Gottes Arm den Streit. Vgl. EICHENBERGER, 12, Fn. 3; SCHILLING, Religion und Recht, Stuttgart 1957, 21 f.

folgt in d i e s e n Fällen logisch aus dem Wesen der Rechtsstreitentscheidung: Können oder dürfen sich die Streitenden nicht von ihren Interessen abstrahieren, um auf diese Weise in eigener Person eine gerechte, d.h. beider Interessen in Einklang bringende Entscheidung zu treffen, so darf der Dritte keineswegs am streitigen Rechtsverhältnis äußerlich beteiligt sein; wäre er es, so stünde er selbst als Berechtigter oder Verpflichteter und damit als Partei da. Er ist vom Beginn des Rechtsstreits an unparteiisch, w e i l er nicht Subjekt des streitigen Rechtsverhältnisses ist. Dieser Umstand sichert ihm die Neutralität, die das Auffinden der gerechten Entscheidung erleichtert.

Man darf im augenblicklichen Stand der Untersuchung nicht der naheliegenden Annahme verfallen, der Entscheidende müsse in jedem Rechtsstreit eine Person sein, die nicht mit den Parteien identisch ist. Diese Folgerung wird oft vorschnell gezogen und zum Wesensmerkmal des Richtens schlechthin erhoben¹⁵⁵, obwohl uns die Einschaltung eines Dritten gewöhnlich nur als ä u ß e r e s Merkmal s t a a t l i c h e r Rechtsprechung begegnet. Es wird dabei außer Betracht gelassen, daß sich der Richtende - ohne unbedingt Dritter zu sein - um die Erkenntnis der Gerechtigkeit bemüht. Der Natur des Menschen gemäß bringt er dazu die besten psychologischen Voraus-

155 U.a. von FRIESENHAHN, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, 26 ff und 45; EICHENBERGER, 22; LOPPUCH, Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung zum Rechtsprechungsakt, NJW 1953, 1126 (1128); RUMPF, 151; SCHMIDT-RÄNTSCH, Deutsches Richterergesetz, München und Berlin 1962, Anm. 4 zu § 1; LEFRINGHAUSEN, 141; GRÖPL, 48 ff; Gerhard MATTERN, Steuerstrafergerichtsbarkeit, 359 und 378 f; Verwaltungs- und gerichtliches Steuer-Strafverfahren, ZStW 67 (1955), 363 (403, Fn. 169). WILKE, 88, beruft sich zur Stützung seiner These, jeder Versuch materieller Begriffsbestimmung ende im Formellen, soweit richtig auf FRIESENHAHNs "formelles Element" ... "des unteiligten D r i t t e n".

setzungen mit, wenn seine Interessen nicht im Streit sind, wenn er nicht "eingenommen" ist. Immerhin vermag sich auch ein gutwilliger Beteiligter soweit von seinen eigenen Interessen zu lösen, daß er die Interessen des anderen in sein Erkenntnis einbezieht und den Konflikt an den Maßstäben der Gerechtigkeit mißt. Sein *T u n* gleicht dann - am gerechten Ziel ausgerichtet - in jeder Phase dem des unparteiischen Dritten. Er richtet seinen eigenen Streit im persönlichen Moralbereich¹⁵⁶, ohne einen Dritten zu bemühen. Er selbst bringt das Neutrale (Dritte) mit.

Das Gesetz will dadurch, daß es auf einer Entscheidung durch einen unparteiischen *D r i t t e n* besteht und so einer parteilichen Voreingenommenheit in jedem Fall aus dem Wege geht, der gerechten Sache dienen. Nicht will es damit zum Ausdruck bringen, daß dem Wesen des Rechtsstreites die Entscheidung durch eine dritte Person eigne. Der unparteiische Dritte ist folglich etwas, was den Streitenden zu-gegeben wird, damit es *f ü r s i e* Recht spreche; er ersetzt die mangelhafte oder als mangelhaft unterstellte Neutralität der Parteien. Auch wenn er von den Parteien, die nicht selbst über sich richten wollen oder können, in Anspruch genommen wird, verkörpert er doch nicht mehr als eine stellvertretende Hilfe. Denn jedermann, selbst ein am Rechtsstreit Beteiligter, kann Recht sprechen, sofern er neutral ist.

Ein Beispiel mag verdeutlichen, daß das Merkmal des unparteiischen Dritten nicht geeignet ist, die Funktionen des Richtens und des Verwaltens zu scheiden: Die seit Jahren umstrittene Frage, ob die Ausübung von Strafgewalt durch die Finanzämter mit dem in Art. 92 GG fundierten Rechtsprechungsmonopol

¹⁵⁶ Ernst von HIPPEL, Mechanisches und moralisches Rechtsdenken, in: Forum der Rechtsphilosophie, Köln 1950, 49 (54).

der Gerichte vereinbar ist oder nicht¹⁵⁷, beantwortet sich letzten Endes aus dem Wesen dieser Funktion. Ist sie Rechtsprechung¹⁵⁸, so gehört sie nicht in die Hand der Finanzbehörde und muß dem Strafrichter anvertraut werden. Der Strafrichter würde dann als unparteiischer Dritter die gleiche Funktion ausüben, die bis dahin der Finanzbeamte als äußerlich Beteiligter des Rechtsstreites vornahm¹⁵⁹. Die Funktion des Verhängens einer Steuerstrafe bliebe von einem Wechsel des Ausübenden unberührt. Sie leitet sich eben nicht aus der Person des Funktionsträgers ab, sondern erfährt ihr eigenes Wesen aus der Notwendigkeit neutraler Einstellung des Funktionsträgers.

Der Staat richtet in aller Regel durch einen unparteiischen Dritten. Als äußere Gegebenheit besagt die Parteilosigkeit allerdings noch nicht, daß der Dritte zugleich interessenlos, am Ausgang des Rechtsstreites uninteressiert ist. Das Nicht-Partei-sein begünstigt zwar die neutrale Einstellung des Dritten, bedingt sie aber nicht. Der Richter kann durchaus eigene, parteiliche oder fremde Interessen gelten lassen, ohne an dem

-
- 157 Auf diese Auseinandersetzung soll hier nicht näher eingegangen werden. Die Streitfrage ist im übrigen hinlänglich diskutiert; vgl. dazu KLEIN, Das Steuerstraßverfahren in verfassungsrechtlicher Sicht, StUR, Band 7, Herne 1960, 29 ff; Eberhard MATTERN, Steuerstraßgerichtsbarkeit; Steuerstraßverfahren; Nochmals: Steuerstraßverfahren und Grundgesetz, MDR 1966, 378 (378); ARNDT, Straßgewalt; HABSCHEID, Steuerstraßverfahren und Grundgesetz; SCHORN, 171 f.
- 158 Überwiegende Meinung. Bemerkenswert ist, daß auch der BGH und der BFinH das Straßbescheidverfahren und das Unterwerfungsverfahren expressis verbis oder implicite der materiellen Rechtsprechung zuordnen: BGHSt, Urt. vom 21.4.1959, BGHStE 13, 102 ff; Urt. vom 20.7.1960, BGHStE 15, 73 ff; BFinH, Urt. vom 7.4.1954, NJW 1954, 1422 (1423); Urt. vom 10.2.1958, NJW 1958, 846 (847).
- 159 Beispielhafte Fehleinschätzung des Problemes bei MATTERN, der die Beschwerdeentscheidung der Oberfinanzdirektion nach § 452 AO in "Steuerstraßgerichtsbarkeit", 378 f, als materielle Rechtsprechung, weil ein Dritter entscheide, in "Steuer-Straßverfahren", 403, Fn. 169, als materielle Verwaltung, weil kein Dritter entscheide, qualifiziert.

Rechtsverhältnis beteiligt zu sein, über das er befindet. Ob er diesen Interessen nachgibt oder seine Entscheidung an der Gerechtigkeit ausrichtet, hängt von der Intention ab, mit der er richtet. Der psychologische Faktor der Neutralität ist - so überaus gewichtig er auch in Erscheinung tritt - keineswegs denknotwendige Folge der unparteiischen Stellung des Richters. Er bildet jedoch die unentbehrlichste Voraussetzung jeder gerechten Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten.

2. Kapitel

Exkurs: Kritik am Kriterium der Streitentscheidung

In dem Merkmal des Streites um Rechte und Pflichten und der aus diesem Streitbegriff entwickelten Neutralität des Entscheiden- den (Dritten) bietet sich die erste Handhabe an, die Tätigkeit des Richtens aus der des Verwaltens auszuklammern¹⁶⁰. Die Tauglichkeit des Merkmals ist nicht unbestritten.

160 FRIESENHAHN, Begriff und Arten der Rechtsprechung, 28. Der Ansicht FRIESENHAHNs schließen sich an: HUBER, Wirtschafts- Verwaltungsrecht, 1. Band, 2. Aufl., Tübingen 1953, 323; SCHORN, 171; ULE, Anmerkung, 628 f; Albrecht WAGNER, 16; LOPPUCH, 1228; RUMPF, 151; SCHMIDT-RÄNTSCH, Anm. 4 zu § 1; GRÖPL, 48 ff; KRUSE, 41 ff; GÄRTNER, Die Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren, Diss., Saarbrücken 1964, 83 f; wohl auch GUTZWILLER, Was ist Gerechtigkeit?, Bemerkungen zu zwei neuesten Schriften von Professor Hans KELSEN, in: Elemente der Rechtsidee, Basel und Stuttgart 1964, 248 (249); vgl. weiter die Referenten-Denkschrift des Bundesjustizministeriums zur Vorbereitung eines Richtergesetzes, Köln 1954, 9. Zu Unrecht beruft sich ULE, a.a.O., auf BETTERMANN, der das Merkmal der Streitentscheidung nicht für erschöpfend erachtet, weil es nicht alle Erscheinungsformen der Rechtsprechung erfasse, vgl. BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, 370; Die Freiwillige Gerichtsbarkeit, 24, Fn. 21.

1. Streitentscheidung durch Verwaltung

Es hat den Anschein, als nehme die Verwaltung im weiten Umfang "streitentscheidende" Aufgaben wahr, beispielsweise dann, wenn sie über Widersprüche entscheidet¹⁶¹, Entschädigungen festsetzt¹⁶², Verwaltungsstrafen ausspricht¹⁶³ oder sogenannte streitentscheidende Verwaltungsakte erläßt^{164.165}. Unter Hinweis auf diesen Aufgabenbereich der Verwaltung wird das Kriterium der Streitentscheidung verschiedentlich für unbrauchbar gehalten¹⁶⁶; darüber hinaus dienen die "streitentscheidenden" Tätigkeiten der Verwaltung sogar als Belege dafür, daß auch die ausführende Gewalt (materiell) Recht spre-

161 §§ 68 ff VwGO.

162 Vgl. die die Entschädigung betreffenden Vorschriften des Enteignungsverfahrens nach Maßgabe der §§ 104 ff BBauG.

163 §§ 35 ff OWiG.

164 So die Entscheidungen der Aufsichtsbehörde über Grenzstreitigkeiten der Gemeinden (§ 12 Abs. 1 Satz 2 GemO NW), der Aufsichtsbehörde bei einem Streit über die Mitgliedschaft in einem Wasser- und Bodenverband (§ 12 der 1. Wasserverbandsverordnung), des Bundesministers für Verkehr oder der Verkehrsminister der Länder bei einem Streit zwischen einer öffentlichen Eisenbahn und einem angeschlossenen Mitbenutzer über die Bedingungen des Anschlusses oder der Mitbenutzung oder über die Angemessenheit der Kosten (§ 7 Abs. 2 AllgEisenbG), der Beschwerdestelle bei einem Streit über eine Verfügung der Wohnungsbehörde (§§ 11 ff LWG NW); weitere Beispiele bei SCHÜLE, Der streitentscheidende Verwaltungsakt, in: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, Stuttgart 1957, 277 (294).

165 Hier wird der Begriff "streitentscheidende Verwaltung" über den SCHÜLES hinausgehend auf jedes Verwaltungshandeln verwandt, das auf den Entscheid streitiger Rechtsverhältnisse abzielt.

166 HABSCHEID, Steuerstrafverfahren und Grundgesetz, 2, unter Bezugnahme auf das Enteignungsentschädigungsverfahren. Das BVerfG stellt in seinem Urteil vom 1.7.1953 (BVerfGE 2, 380 (391, 393 ff)) die Verwendbarkeit des Merkmales der Streitentscheidung durch die Feststellung in Frage, die Beschlüsse der nordrhein-westfälischen Haftentschädigungsausschüsse näherten sich als Akte "prozeßähnlicher" Rechtsfindung richterlichen Urteilen. Vgl. weiter BVerwG, Urt. vom 16.5.1957, NJW 1957, 1570 (1571).

che, soweit sie Streitigkeiten entscheide, eine durchgängige Trennung der rechtsprechenden und der verwaltenden Funktionen sonach nicht möglich sei¹⁶⁷.

Diese Argumente sind indes nur diskutabel, wenn die Verwaltung in Verfolg ihrer "streitentscheidenden" Aufgaben wirklich über Rechtsstreitigkeiten entscheidet und sich dabei neutral zu verhalten hat. Das ist durchweg nicht der Fall.

Die genannten Akte weisen das gemeinsame Kennzeichen eines mehr oder weniger förmlichen Verfahrens auf, welches sich vor allem im Enteignungsverfahren und im Verwaltungsstrafverfahren den justizförmigen Verfahren annähert. Wie oben¹⁶⁸ dargelegt, treten sie dadurch in eine (formelle) Verwandtschaft zu Akten der Rechtsprechung. Weiterhin ergehen sie im allgemeinen¹⁶⁹ aufgrund eines streitigen Rechtsverhältnisses: Rechtlich und organisatorisch selbständige Verwaltungsorgane streiten mit ihresgleichen oder mit Einzelpersonen um behauptete oder voraussichtliche eintretende Rechtsverletzungen¹⁷⁰. Das Merkmal des Rechtsstreites genügt somit für sich gesehen noch nicht, die administrativen Streitentscheide von Rechtsprechungsakten zu scheiden.

Bei den sogenannten streitentscheidenden Verwaltungsakten wird außerdem, wenn auch selten, die Entscheidung einem Behördenmitglied überlassen, dem der Gesetzgeber sachliche und persönliche Unabhängigkeit eingeräumt hat¹⁷¹, eine Erscheinung, die wieder einmal beweist, daß sich innerhalb der Verwaltung sämtliche äußeren Merkmale rechtsprechender Tätigkeit bis zur parteilosen und unabhängigen Position des Dritten hin

167 Für viele: WILKE, 88 f.

168 32 ff.

169 Wird nicht um Recht und Unrecht gestritten, taucht die angeschnittene Problematik gar nicht auf: SCHÜLE, 294.

170 Vgl. LEFRINGHAUSEN, 78.

171 Vgl. die §§ 16 Abs. 1, 16 Abs. 4, 17 Abs. 1 und 18 Abs. 1 LWG NW.

konstruieren lassen. Und dennoch ist mit alldem keine Aussage über die Neutralität des Entscheidenden und die Gerechtigkeitsintention der Funktion gemacht.

Ganz überwiegend hat die streitentscheidene Verwaltung nicht die Aufgabe, n e u t r a l zu entscheiden. Sie r i c h - t e t nicht im Sinn des Erkenntnisses des gerechten Interessenausgleichs, sondern h a n d e l t in Vollzug ihrer Aufgabe. Sie ist subjektiv beteiligt, weil sie mit verwaltungspolitischen Zwecksetzung zur R e g e l u n g ihrer eigenen Sache entscheidet. Der erstrebte Verwaltungse r f o l g (die reformatorische¹⁷² Behandlung des mit dem Widerspruch angetragenen Verwaltungsverhältnisses, das ordnungsheischende Belegen mit einer festen Verwaltungsstrafe ohne Rücksicht auf die Einzelumstände der Tat und die persönliche Einstellung des Täters¹⁷³, das Entschädigen in Durchführung des Enteignungsverfahrens, das Festsetzen der Anschluß- und Benutzungsbedingungen bei einem Streit zwischen öffentlicher Eisenbahn und Mitbenutzer¹⁷⁴) prädominiert¹⁷⁵ und verhindert den nötigen Abstand von den Eigeninteressen¹⁷⁶.

Erfordert ein Rechtsstreit aber die Entscheidung eines sachlich neutralen Organs, so ist er dem Richter anzuvertrauen. Soweit Verwaltungsbehörden tatsächlich Entscheidungen tref-

172 Den reformatorischen Charakter des Widerspruchsbescheides betonen BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, 384 f, und GRÖPL, 58. Das BVerwG, Urt. vom 13.6.1959, DÖV 1959, 786 (787), glaubt das Funktionswesen des Widerspruchsbescheides nicht ermitteln zu können, bezeichnet diesen darauf aber als Akt der Selbstkontrolle der Verwaltung, damit als Verwaltungsakt.

173 Zum Verwaltungsunrecht vgl. MAURACH, AT, 12 ff; ARNDT, Rechtsprechende Gewalt, 17 f.

174 Vgl. Fn. 164.

175 SCHÜLE, 294, sieht in allen streitentscheidenden Verwaltungsakten, wie schon der Begriff sagt, Verwaltungsakte, da sie "den geordneten Gang der Verwaltung sicherstellen."

176 Auf die Zweckbezogenheit des Verwaltens im Gegensatz zur Gerechtigkeitsbezogenheit des Rechtsprechens ist später noch einzugehen.

fen, die ausschließlich an der Gerechtigkeit orientiert sein müssen, verstoßen sie gegen Art. 92 GG¹⁷⁷. Die Behauptung, auch die Verwaltung spreche Recht, trifft möglicherweise in wenigen Ausnahmefällen zu¹⁷⁸; aus unserer Sicht vermag sie jedoch nur den kräftigen Wesensunterschied zwischen den Funktionen des Richtens und des Verwaltens - hier sachlich neutrale Entscheidung, dort interessengebundene Regelung - zu bestätigen. Denn die Verwaltung spricht ja in diesen Fällen Recht.

2. Straf-, Status- und verfassungsgerichtliches Verfahren

Vielfach wird FRIESENHAHNs Rechtsstreitbegriff als zu eng empfunden, weil er das Strafverfahren, die Verfahren in Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen und das verfassungsgerichtliche Verfahren nicht erfasse¹⁷⁹, Verfahren, in denen hervorragende rechtsprechende Aufgaben verwirklicht würden, ohne daß in ihnen um Rechte gestritten werde.

177 OVG Münster, Urt. vom 10.6.1952, OVG 5, 243 (247); vgl. auch ULE, Anmerkung, 629; BETTERMANN, Kompetenzfragen um den Kündigungsschutz im Kleingartenrecht, NJW 1957, 1497 (1499); Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt, in: Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart-Berlin 1966, 1718; und oben Fn. 15.

178 In einigen streitentscheidenden Tätigkeiten im Sinne SCHÜLES, vgl. LEFRINGHAUSEN, 192 ff gegen SCHÜLE, 294; von TUREGG, 1202.

179 FRIESENHAHNs Definition lehnen aus diesen Gründen oder ohne Begründung ab: EICHENBERGER, 14 f; MENGER, System, 40 ff; MÜLLER-TOCHTERMANN, 5; von MANGOLDT, Vorbem. 3 vor Art. 92 GG; Eberhard SCHMIDT, I, Nr. 9; WESTERMANN, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidungen im Zivilrecht, Münster 1955, 7; BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, 370; HABSCHIED, Steuerstrafverfahren, 2; DERNEDDE, Die Rechtspflege im Grundgesetz, ZJBl 1949, 101 (102); MESSERER, 209; KERN, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., München und Berlin 1965, 9; Hans J. WOLFF, I, 72 f; WOLANY, 304 f; BACHOF, Aussprache, 178; BAUR, Der Begriff der Rechtsprechung, 510; WILKE, 89, Fn. 1; LEFRINGHAUSEN, 70 ff. Vgl. schon BERNATZIK, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Aalen 1964, Neudruck der Ausgabe Wien 1886, 54 ff.

a. Strafverfahren

Im Rahmen dieser Untersuchung interessiert vorwiegend der Einwand, der Strafrichter entscheide keinen Rechtsstreit. Auf ihn soll in erster Linie eingegangen werden.

Das Strafverfahren - so wird üblicherweise argumentiert - sei kein Rechtsstreitverfahren, da es nicht als echtes Parteiverfahren ablaufe. Der Gesetzgeber habe zwar eine Art Waffen-gleichheit zwischen dem Beschuldigten und dem Staatsanwalt geschaffen, um die Vorzüge der dialektischen Verfahrensart auszu-nutzen; die Wahrheit ließe sich nämlich am besten mittels des institutionalisierten Widerspruches sichern¹⁸⁰. Doch dürfe das Bild eines kontradiktorischen Verfahrens nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Staatsanwalt eine künstliche Partei sei, dem Richter nicht unter-, sondern nebengeordnet, wie die-ser Träger der Staatsgewalt. Zwischen dem Delinquenten und dem Staatsanwalt bestehe kein Gleichordnungsverhältnis¹⁸¹.

Zwei - bei genauer Betrachtung einander bedingende - Gründe werden also gegen den Rechtsstreitcharakter des zwischen dem Beschuldigten und dem Staatsanwalt bestehenden Verhältnisses vorgetragen: Einmal die unechte prozessuale Parteistellung des Staatsanwaltes und damit zugleich des Beschuldigten; zum anderen die Unterordnung des Beschuldigten unter die Staatsge-walt.

Vordergründig ist der Gedanke, im Strafverfahren werde nicht um Rechte gestritten, weil sich das strafprozessuale Rechtsver-hältnis grundlegend von dem "klassischen" Streitverhältnis des Zivilverfahrens unterscheide, weil die "Parteien" nicht über den Streitgegenstand verfügen, den Prozeß nicht nach Belieben

180 ARNDT, Rechtsprechende Gewalt, 13; MENDER, System, 41; Max MAIER, Die Stellung der Staatsanwaltschaft als Partei oder als Träger eines öffentlichen Amtes, Diss., o.O. 1950, 6 ff (7) und 51 ff.

181 EICHENBERGER, 14 f.

in Gang setzen bzw. beenden, die Aufklärung des Sachverhaltes nicht frei handhaben könnten usw.¹⁸². Diese Überlegungen - so scharfsinnig sie auch sind - stellen auf einen prozessualen Rechtsstreitbegriff ab, der hier irrelevant ist. FRIESENHAHNs Streitbegriff wird gründlich verkannt, wenn man ihm das prozessuale Streitverhältnis unterschiebt. Auf den v e r f a h r e n srechtlich ausgeformten Streitbegriff und auf die ihm zugrundeliegenden unbestreitbar voneinander abweichenden Prozeßmaximen kommt es - das stellt FRIESENHAHN nachdrücklich fest¹⁸³ - nicht an. Prozeßrechtliche Vorschriften unterliegen dem gestalterischen Willen des Gesetzgebers, und es ist, wie der rechtsgeschichtlich nachweisbare Abbau des Inquisitionsgrundsatzes lebendig klarstellt, sehr wohl denkbar, daß de lege ferenda auch das deutsche Strafverfahrensrecht dem anglo-amerikanischen Beispiel folgend den Kläger und den Beschuldigten in den Rang "echter" Parteien erhebt¹⁸⁴. Der Streitbegriff ist einzig auf das m a t e r i e l l -rechtliche Rechtsverhältnis zu beziehen, innerhalb dessen der eine gegen den anderen ein m a t e r i e l l e s Recht in Anspruch nimmt. Demgemäß

182 Zur Dispositions- und Verhandlungsmaxime vgl. ROSENBERG, 295. Diesen Maximen stehen im Strafprozeß das Legalitätsprinzip und der Untersuchungsgrundsatz gegenüber, vgl. SCHWARZ/KLEINKNECHT, Einl. 1 B c.

183 Begriff und Arten der Rechtsprechung, 44.

184 KRUSE, 48. KRUSE setzt sich breit mit der Streitfrage auseinander, ob das Strafverfahren Parteiprozeß ist; er übersieht, daß es sich bei einem Rechtsstreit gar nicht um einen f o r m e l l e n Parteienstreit handeln muß. Es kann demnach dahingestellt bleiben, in welchem Umfang das deutsche Strafverfahren kontradiktorisch verläuft, welche Ausnahmen die StPO vom Legalitätsprinzip macht, welche Bewandnis der Parteibegriff der §§ 380 Abs. 4, 471 Abs. 5 StPO hat, etc. Zur Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafprozeß vgl. die Dissertation von GÄRTNER.

sind auch die Verfahren des Zivilprozeßrechtes, in denen An-
 erkenntnis- oder Versäumnisurteile¹⁸⁵ ergehen, auf Rechts-
 streitigkeiten zurückzuführen¹⁸⁶. In ihnen wird zwar nicht über
 entgegengesetzte Anträge entschieden; sie setzen aber immer
 voraus, daß eine - die verpflichtete - Partei der anderen ein
 materielles Recht durch ihr **V e r h a l t e n** streitig macht,
 sich **f a k t i s c h** zum Rechtsstreit bereit erklärt und so
 zum **p r o z e s s u a l e n** Streit herausfordert¹⁸⁷. Ebenso
 verhält es sich mit dem materiellen Rechtsstreit des Strafver-
 fahrens: Der Beschuldigte setzt sich durch die Rechtsverlet-
 zung, derer er verdächtigt wird, in Widerspruch zur Rechtsord-
 nung und erklärt dadurch der Rechtsgemeinschaft den Streit.
 Seine **P f l i c h t w i d r i g k e i t** entzündet den sach-
 lichen Rechtsstreit, nicht die Erhebung der öffentlichen Klag-
 e oder ein anderer Verfahrensakt.

Um welche Rechte wird nun im Strafverfahren gestritten?
 Z w e i Rechte stoßen im Strafprozeß aufeinander. Auf der
 Seite des Anklägers macht die Rechtsgemeinschaft durch den
 Staat¹⁸⁸ ihren materiellen Strafanspruch geltend. Der Staat
 streitet mit dem Beschuldigten vor dem Richter über sein Recht,
 schuldhaft begangenes Unrecht durch Strafe auszuglei-

185 §§ 307, 331 ZPO.

186 ROSENBERG, 1 f, BETTERMANN, Rechtsprechung, rechtspre-
 chende Gewalt, 1719, WOLANY, 302, BERNATZIK, 55 und BAUR,
 Der Begriff der Rechtsprechung, 511, sehen den Streitbe-
 griff prozessual und lehnen das Merkmal des Rechtsstreit-
 es für das Anerkenntnis- und Versäumnisverfahren ab.

187 Vgl. HUBER, Wirtschafts-Verwaltungsrecht, 2. Band, 2.
 Aufl., Tübingen 1954, 584; GRÖPL, 51 und dort Fn. 3.

188 Zur Trägerschaft des Strafrechtes vgl. HEGEL, § 220, 190;
 RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 262 ff (264); SCHÄFER in
 LÖWE/ROSENBERG, Die Strafprozeßordnung und das Gerichts-
 verfassungsgesetz, 1. Band, 21. Aufl., Berlin 1963, Einl.
 Kap. 5, 1; SCHWARZ/KLEINKNECHT, Einl. 1 B.

chen^{189.190}. Dem materiellen Strafanspruch des Staates steht auf der anderen Seite das Recht des Beschuldigten auf Integrität seines status libertatis¹⁹¹, seiner Ehre oder seines Vermögens entgegen, ein Rechtskreis, welcher im Zusammenhang mit dem Streitbegriff FRIESENHAHNs gewöhnlich außer Acht gelassen wird¹⁹². Beide Rechte haben materiellen Charakter und begründen - sobald der Beschuldigte sie durch das ihm angelastete Verhalten aktualisiert - ein streitiges Rechtsverhältnis, das einer gerechten, befriedigenden Lösung bedarf.

Die Bezugspunkte des Streites liegen auch im Strafverfahren auf verschiedenen Ebenen¹⁹³. Auf der Tatbestandsseite muß der Richter feststellen, ob der Beschuldigte eine Straftat beging und ob diese ihm zuzurechnen ist. Wahrspruch und Schuldspruch sind die miteinander verketteten Glieder des er-

189 FRIESENHAHN, Begriff und Arten der Rechtsprechung, 44. Vgl. auch Fn. 203, und GRÖPL, 135 ff.

190 Inwieweit die Strafe neben der Verwirklichung des Gerechtigkeitsprinzips zweckbestimmt ist, braucht hier nicht erörtert zu werden. Vgl. dazu ENGISCH, 129 ff; RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 262 ff; Der Erziehungsgedanke im Strafwesen, ZStV 3 (1952), 154 ff; Graf zu DOHNA, Kernprobleme der Rechtsphilosophie, Darmstadt 1959, Nachdruck der Ausgabe Berlin*Wien 1940, 76 f; ROXIN, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 (381 ff).

191 STAHL, Die Philosophie des Rechts, Band II, Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, Abtheilung II, 4. Buch, Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts, 4. Aufl., Heidelberg 1870, 609. - Natürlich bringt der Vollzug der Freiheitsstrafe die Beschränkung weiterer Grundrechte mit sich. Vgl. dazu vor allem STREE, Deliktsfolgen und Grundgesetz, Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, Tübingen 1960.

192 Die strafrechtliche Sanktion schränkt das Grundrecht auf Entfaltung der körperlichen Bewegungsfreiheit konstitutiv ein, d.h. der Verurteilte wird nicht in eine von vornherein für ihn existente Grundrechtsschranke deklaratorisch zurückgewiesen. Vgl. MAUNZ/DÜRIG, Anm. 77 zu Art. 2 Abs. 1; von MANGOLDT/KLEIN, Vorbem. B XVI 4 (durch den Eintritt in das Strafvollzugsverhältnis begründete "persönliche Gewährleistungsschranke"); anders das BVerfG, Beschl. vom 18.9.1952, BVerfGE 1, 418 (420).

193 Vgl. oben, 54 ff.

sten Aktes der strafrichterlichen Entscheidung. Als zweiter Akt schließt sich auf der Rechtsfolgenreihe die Erkenntnis der - dem verschuldet bewirkten Unrecht angemessenen - Sanktion an. Der Folgenspruch soll das Gleichgewicht der durch die Rechtsanmaßung gestörten Rechtsordnung wieder herrichten, so daß der Richter um eine auf den Verschuldensgrad des Unrechtes zugeschnittene Strafe bemüht sein muß¹⁹⁴.

Die Fragen um Tat, Täterschaft, Rechtswidrigkeit und Verschulden und um die gerechte Strafe bergen somit eine Vielzahl von Ansatzpunkten, den auf die Verurteilung oder den Freispruch des Beschuldigten bezogenen Streit der richterlichen Entscheidung zuzuführen, mag dann auch im Verlauf des Strafverfahrens ausnahmsweise nicht arti-

194 Es erübrigt sich, auf die Strafzwecktheorien einzugehen. Bedeutsam ist hier allein, daß Art und Höhe der Strafe durch das Maß der Schuld begrenzt werden. Dieser Grundsatz zwingt den Richter in jedem Fall dazu, Schuld und Strafe gegeneinander abzuwägen. Vgl. die Begründung zu § 2 StGB AE, 29; MAURACH, AT, 63 ff; STREE, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 6, 38, 42 ff, 49 ff; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Vorbem. 4 vor § 13; SCHRÖDER, Bedingte Verurteilung, NJW 1952, 6 (8 f); BAUMANN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bielefeld 1966, 9 ff; Eberhard SCHMIDT, Probleme des staatlichen Strafens, in: *Justitia fundamentum regnorum*, Heidelberg 1947, 51 (61 ff); VRIJ, Zum Problem der Strafaussetzung, ZStrW 66 (1954), 218 (219); l'Influence de la Criminologie sur l'évolution du procès pénal, RevdScCr 1952, 223 (229 ff); von NOTTBECK, Die Straffunktionen des Staates und die Gesellschaft, in: Probleme der Strafrechtsreform, Stuttgart 1963, 48 (49); LANGE, Der Strafanspruch des Staates und die Grenzen der Strafbarkeit, 75 (97); LANG-HINRICHSSEN, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), 3. Teil B, Tübingen 1960, 52; KG, Beschl. vom 9.12.1965, NJW 1966, 1088 (1089); OLG Köln, Urt. vom 15.4.1966, NJW 1966, 1326 (1327); BGHSt, Urt. vom 10.11.1954, BGHSt 7, 28 (29 ff); BVerfG, Beschl. vom 25.10.1966, NJW 1967, 195 (196). Da die Feststellung des verschuldeten Unrechts und die Bestimmung der Strafe äquivalente Akte des Richtens sind, wäre es bedenklich, das Schwergewicht des strafrichterlichen Urteils einseitig auf den Wahr- und Schuldspruch (ARNDT, Rechtsprechende Gewalt, 18) oder auf den Folgenspruch (ARNDT, Strafgewalt, 605) zu legen.

kuliert gestritten werden¹⁹⁵, der prozessuale Streit "zur bloßen Virtualität absinken"¹⁹⁶. Mit dem ihm vorgeworfenen Verhalten bringt der Beschuldigte zwei Rechte - das seine auf uneingeschränkten Genuß der persönlichen körperlichen Freiheit oder anderer Güter, das des Staates auf strafenden Teilentzug dieser Rechte - in eine streitige Situation, die gerichtet werden muß.

So verstanden ist der Rechtsstreitbegriff substanzieller als der prozessuale Streitbegriff, der das Spannungsverhältnis widerstreitender Rechte der Parteien nur an der Oberfläche des förmlichen Verfahrens abbildet. Der materielle Streitbegriff ist auch elastisch genug, um das Strafverfahren aufzunehmen.

Soweit erkennt auch EICHENBERGER¹⁹⁷ die Brauchbarkeit des Rechtsstreitbegriffes an. Dennoch verneint er dessen allgemeingültige Sachlichkeit, und zwar mit einer Begründung, die - meist unausgesprochen - den Hintergrund vieler kritischer Stellungnahmen zum Beitrag FRIESENHAHNS ausmacht: Dem Kriterium der Streitentscheidung ermangele die überall verbindliche Apriorität, die ein materieller Rechtsprechungs-begriff voraussetze. Ein echter Rechts-Streit könne nur zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern ausbrechen. Im Bereich des öffentlichen Rechts - und dahin gehört ja das Strafrecht - bestehe indes keine Gleichordnung, da der Staat über Rechtsunterworfenen herrsche. Wo der Staat als Subjekt von Rechtsverhältnissen auftrete, habe er die scheinbare Gleichordnung mit Hilfe organisatorischer und verfahrensmäßiger Vorkehrungen konstruiert. Damit sei auch die Institution des "unbeteiligten Dritten" nicht vorgegeben¹⁹⁸.

195 Etwa dann, wenn die Strafe durch Strafbefehl oder Strafverfügung verhängt wird.

196 EICHENBERGER, 11.

197 11.

198 EICHENBERGER, 14 f.

Zweckmäßigerweise greift man den letzten Gedanken zuerst auf. Ihm kann entgegengehalten werden, daß das "streitentscheidende Dritte" nicht *p e r s o n a l* zu begreifen ist. Die Neutralität, die Intention auf die Gerechtigkeit ist auch in der Person eines äußerlich Beteiligten denkbar, sofern es dem beteiligten Rechtsträger gelingt, sich von seinen Interessen loszusagen¹⁹⁹. Infolgedessen spricht der Staat auch dann Recht, wenn er als Dritter mit sich selbst ins Gericht geht. Die formelle Parteistellung des Staates im Verwaltungsrechtsstreit und - unvollkommener - im Strafverfahren ist nichts anderes als die sichtbare und wirksame Konsequenz innerer Abstraktion vom Interessenstandpunkt. *D i e s e* - und das entscheidet - ist dem Richten als Wesenszug vorgegeben.

Die weitere Frage, ob der gebietende Staat von seinen zweckgebundenen Interessen abrücken und sich auf das Gerechte besinnen *m u ß*, kann nunmehr eigentlich unbeantwortet bleiben. Denn dem Erfordernis der Neutralität ist Genüge getan, wenn der Staat als beteiligtes Rechtssubjekt von sich selbst Abstand nimmt, und sei es auch "künstlich". Mehr als diese *E i n - s t e l l u n g* verlangt das Richten nicht. Das bedeutet: Es ist zwar kein logisches Gebot, *d a ß* sich der Staat in eigenen Streitsachen neutral verhält²⁰⁰; das *R i c h t e n* - nicht der Staat - zeichnet sich nämlich durch Neutralität

199 Vgl. oben, 59 ff.

200 Das gebietet hingegen die Gerechtigkeit. Wie ein Plädoyer für die Institution der Verwaltungsgerichtsbarkeit klingen die Worte HEGELS, § 219, 189: "Die Einführung des Rechtsprechens von Seiten der Fürsten und Regierungen als bloße Sache einer beliebigen Gefälligkeit und Gnade anzusehen, gehört zu der Gedankenlosigkeit, die davon nichts ahnt, daß beim Gesetz und Staat davon die Rede sei, daß ihre Institutionen überhaupt als *v e r n ü n f t i g* an und für sich notwendig sind, und die *F o r m*, wie sie entstanden und eingeführt worden, das nicht ist, um das es sich bei Betrachtung ihres vernünftigen *G r u n d e s* handelt." Vgl. auch HEGELS ironischen Disput mit von HALLER, der die Gerichtsbarkeit als unvollkommenstes Mittel zur Durchsetzung des Rechtes ansieht und stattdessen empfiehlt, rechtmäßig zu leben, sich gegen Unrecht selbst zu wehren oder ... die Flucht zu ergreifen, § 259, 213.

aus²⁰¹. Gewinnt der Staat aber sich gegenüber Neutralität, so richtet er.

Das Gleiche gilt hinsichtlich der von EICHENBERGER in Abrede gestellten Rechtssubjektqualität des Staates: Es mag sein, daß der Staat nicht gehalten ist, sich als Verpflichteter an Rechtsverhältnissen zu beteiligen, auf die Ebene der Gleichordnung herabzusteigen und Rechte zu gewähren, die mit seinen Pflichten korrespondieren²⁰². Ist er aber einmal Rechtssubjekt, wenn auch "konstruiertes", so können seine Rechte und Pflichten im Einzelfall gleichermaßen umstritten sein wie die eines Privaten. Der Rechtsstreitbegriff ist ebensowenig an a priori bestimmte Rechte geknüpft wie an be-

201 Vgl. JAHREISS, Demokratischer Rechts-Staat, 212.

202 Im Rechtsstaat entfließt dem Herrschaftsverhältnis des Staates über den Einzelnen nicht mehr die Allmacht, subjektive Rechte nach Gutdünken zu verteilen. So ist denn die bei EICHENBERGER, 14 und dort Fn. 1, anklingende Idee, dem Staat habe als Träger des objektiven Rechtes die bindungslose Freiheit, sich im Verhältnis zum Rechtsunterworfenen zu subjektivieren oder nicht, recht fragwürdig geworden. Die Vorstellung ROUSSEAU's, das Volk stehe als "Souverain" der eigenmächtigen staatlichen Gewalt gegenüber, hat in der rechtsstaatlichen Demokratie keinen Platz mehr (IMBODEN, 24 f; SCHNEIDER, 8). Staatsgewalt i s t Volksgewalt (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG), oder - wie RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 264, sagt - "der Staat ist dem Einzelnen gegenüber nicht mehr ein Anderer, ist vielmehr wir alle." Demokratie und gegliederter Rechtsstaat bilden eine "polare Einheit" (IMBODEN, 25). Da aber die Schranke zwischen Staat und Gesellschaft gefallen ist (FORSTHOFF, 3), liegt es nahe, den Staat der Verbindlichkeit vorgegebener Rechte des Menschen in allen seinen Rechtsakten zu verpflichten. Anerkennt man die Apriorität solcher Rechte, so ist die Dispositionsbefugnis des Staates Bindungen unterworfen, in deren Rahmen der Staat subjektive Rechte "gewähren" m u ß . Dann besitzt der Staat e c h t e Rechtssubjektqualität.

stimmte vorgegebene Parteien oder gar Sachverhalte. Recht wird immer dann gesprochen, wenn Rechte und Pflichten - gleich welchen Ursprunges - im Streit sind und neutral bemessen werden. Eben das geschieht im Strafverfahren.

b. Statusverfahren

Den Verfahren in Ehe-²⁰³, Kindschafts-²⁰⁴ und Entmündigungssachen²⁰⁵ ist ein starker öffentlichrechtlicher Einschlag gemeinsam, der auf der allgemeinen gesellschaftlichen Bedeutung der Ehe, der Kindschaft und der Geschäftsfähigkeit beruht. Demzufolge ist die Parteiherrschaft eingeschränkt; der Staatsanwalt ist als Vertreter der Staatsgewalt zur Mitwirkung berufen²⁰⁶.

In der Beteiligung des Staatsanwaltes und der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes setzt sich das Interesse der Rechtsgemeinschaft an diesen personenrechtlichen Angelegenheiten durch. Trotz ihres privatrechtlich - öffentlich-rechtlichen Mischcharakters

203 §§ 606 ff ZPO. Im einzelnen kennt das deutsche Recht die Ehenichtigkeitklage (§§ 16 ff EheG), die Eheaufhebungsklage (§§ 28 ff EheG), die Scheidungsklage (§§ 42 ff EheG), die Herstellungsklage (§§ 1353 ff BGB) und die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe (§ 256 ZPO).

204 §§ 640 ff ZPO. Folgende Klagen sind möglich: Die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- oder Kindesverhältnisses zwischen den Parteien (§ 640 ZPO), die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der elterlichen Gewalt der einen Partei über die andere (§ 640 ZPO) und die Ehelichkeitsanfechtungsklage (§ 641 ZPO i.V.m. den §§ 1594 ff BGB). Die Ehelichkeitsanfechtungsklage des Staatsanwaltes (§ 1595 a a.F. BGB) ist durch das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11.8.1961 mit Wirkung vom 1.1.1962 entfallen.

205 §§ 645 ff ZPO.

206 BAUMBACH/LAUTERBACH, Grundzüge vor §§ 606 ff.

aber lassen sich die genannten Verfahren als materielle Rechtsstreite qualifizieren, sofern in ihnen subjektive Rechte durchgesetzt werden sollen. Das ist wohl überwiegend der Fall^{207,208}. Im Ehescheidungsverfahren beispielsweise streiten sich die Eheleute um das Bestehen oder Nichtbestehen eines subjektiven Rechts auf auflösende Gestaltung ihrer personenrechtlichen Beziehung²⁰⁹. Das Ziel der Klage, die gestaltende Wirkung des Scheidungsurteils, drängt sich bei Betrachtung der richterlichen Tätigkeit als erstes auf; doch darf nicht vergessen werden, daß auch hier das eigentliche richterliche Tun die Er -

- 207 Eine Ausnahme bildet das Entmündigungsverfahren, da der Antragsteller kein eigenes materielles Recht auf Entmündigung beansprucht, vgl. NIKISCH, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952, 574; SCHÖNKE, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956, 432; LENT/JAUERNIG, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München und Berlin 1966, 261; MENDER, System, 187 ff. - Es muß darauf verzichtet werden, die einzelnen Verfahren, die zum Teil lehrmäßig der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehören (zu generell BAUMBACH/LAUTERBACH, Grundzüge vor §§ 606 ff), auf das Merkmal des Rechtsstreites hin zu untersuchen. Nur das Ehescheidungsverfahren soll herausgegriffen werden. Zum Funktionswesen der Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. u.a.: KRUSE, 64 ff; LENT/HABSCHEID, 24 ff; Fritz und Theodor KEIDEL, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 9. Aufl., München und Berlin 1967, Anm. 2 zu § 1 und die dortigen Literaturnachweise.
- 208 GRÖPL, 63, schließt die Rechtsstreitqualität dieser Verfahren lediglich da aus, "wo ein Verfahren von Amts wegen durch das Gericht (?) in Gang gesetzt wird." Sonach wären fast alle Statusverfahren einschließlich des Entmündigungsverfahrens Rechtsstreitigkeiten. Die Definition ist widersprüchlich, da auch das Strafverfahren, das GRÖPL als streitiges ansieht, "von Amts wegen in Gang gesetzt wird." Formlichkeiten geben nicht den Ausschlag!
- 209 ROSENBERG, 411; LENT, Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZP 66 (1953), 267 (270); MÜNZEL, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66 (1953), 334 (340 f); BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, 371; ARNDT, Strafgewalt, 607. A.A. SCHÖNKE, 432 ("widerstrebende Interessen"); STEIN/JONAS/SCHÖNKE/POHLE, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., Tübingen 1953, Vorbem. II 3 vor § 253; BAUMBACH/LAUTERBACH, Grundzüge vor §§ 253 ff, Anm. 2 C. Weitere Literaturangaben bei GRÖPL, 63, Fn. 2.

k e n n t n i s ist, die der Gestaltungswirkung vorgelagerte Feststellung, ob das geltend gemachte materielle Recht auf Scheidung besteht oder nicht. Die Feststellung des materiellen Rechts geht der Gestaltung des personenrechtlichen Verhältnisses logisch voraus, obwohl das Prozeßrecht keine entsprechende Zäsur vornimmt²¹⁰.

Im Regelfall streiten sich die Parteien tatsächlich um das materielle (Gestaltungs-) Recht. Gelegentlich verfolgen die Eheleute aber - gerade mit der Scheidungsklage - das gleiche Ziel, die Auflösung der Ehe. Sie streiten sich nicht vor Gericht, nicht einmal über die Schuldfrage. Auf diese Lage scheint der Streitbegriff nicht zu passen²¹¹. Jedoch verrät auch in diesen Fällen ein Seitenblick auf das zivilprozessuale Versäumnis- oder Anerkenntnisverfahren den "Zünder" der präsumtiven Rechtsstreites: Die Parteien geben durch ihr Verhalten A n l a ß zum Streit. Das materielle Recht auf Scheidung der Ehe leitet sich aus dem Fehlverhalten oder aus der (rechtlich) unzumutbaren körperlichen oder geistigen Verfassung eines oder beider Ehegatten ab, fußt also auf subjektiven, personalen Umständen. Die Parteien ermöglichen den Streit, und schon diese ihrem personenrechtlichen Verhältnis inhärente Möglichkeit - die ja häufig in die Wirklichkeit umschlägt - ruft eine rechtspsychologisch streitige Situation hervor, eine Ungewißheit im materiellen Recht,

210 Ob die Feststellung neben der Gestaltung selbständige Bedeutung hat, ist umstritten. Dafür haben sich ausgesprochen: NIESE, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950, 36; MÜNZEL, 345; LENT, 270 f; u.a.m. Der gegenteiligen Ansicht sind z.B.: ROSENBERG, 412; BÖTTICHER, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930, 25 f; auch wohl LENT/JAUERNIG, 93.

211 GRÖPL übergeht das Problem, bejaht aber den Rechtsstreit, vgl. Fn. 248.

die der Richter durch seine Feststellung in Rechtsgewißheit wandelt. Der hier vertretene - philologisch freilich überdehnte - Streitbegriff deckt jeden Rechtskonflikt zweier Parteien, der "virtuell" zum Austrag kommt.

c. Verfassungsgerichtliches Verfahren

Es bleibt zu prüfen, inwieweit die Staatsgerichtsbarkeit rechtsstreitentscheidende Funktionen erfüllt. Vergegenwärtigt man sich die wesentlichen Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts unter dem Aspekt des Rechtsstreitkriteriums, so schälen sich drei Verfahrensgattungen heraus: Der - zumeist verfassungsrechtliche - Rechtsstreit ohne Normenkontrolle, der Verfassungsstreit mit inzidenter Normenkontrolle (sogenanntes konkretes Normenkontrollverfahren) und schließlich das objektive ("abstrakte") Normenkontrollverfahren²¹².

Zu den (Verfassungs-) Streitigkeiten, die nicht die Geltung eines Rechtssatzes zum Gegenstand haben, zählen u.a. die Organstreitigkeiten²¹³, die Streitigkeiten über verfassungsmäßige Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder²¹⁴, die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art des Bundes und der Länder oder zwischen den Ländern sowie die verfassungsrechtlichen Organstreitigkeiten

212 Hinsichtlich der Zuständigkeiten der Verfassungsgerichtshöfe der Länder gilt die gleiche Typologie. So sehen die Landesverfassung von Nordrhein-Westfalen bzw. das Grundgesetz die Ministeranklage (Art. 63 LV NW), die Normenkontrolle auf gerichtliche Vorlage (Art. 100 Abs. 1 GG) und die abstrakte Normenkontrolle (Art. 75 Nr. 3 LV NW) vor. Weitere Zuständigkeiten ergeben sich aus den Art. 32, 33, 68 Abs. 1 Satz 6, 75 Nr. 2 LV NW und aus § 50 VerfGG NW. Vgl. KLEINRAHM in LOSCHOLDER/SALZWEDEL, 83 ff.

213 Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG.

214 Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, Art. 84 Abs. 4 Satz 2 GG, § 13 Nr. 7 BVerfGG.

innerhalb eines Landes²¹⁵, die dem Bundesverfassungsgericht durch Landesgesetz zugewiesenen landesverfassungsrechtlichen Organstreitigkeiten²¹⁶, unter die allerdings auch Verfahren "abstrakter" Normenkontrolle fallen²¹⁷, ferner die Verfahren über die Wirkungen von Grundrechten²¹⁸, die Parteiverbotsverfahren²¹⁹, die Richteranklagen²²⁰, die Verfassungsbeschwerden²²¹ mit Ausnahme der Beschwerden gegen ein Gesetz²²² oder gegen eine Entscheidung, die auf einem als verfassungswidrig erkannten Gesetz beruht²²³, usw. All diesen Verfahren ist gemeinsam, daß in ihnen um subjektive Rechte gestritten wird. Sie setzen materielle Rechtsverhältnisse voraus, und damit zwangsläufig Rechtsträger²²⁴, die sich in der Bindung des umstrittenen Rechtsverhältnisses parteilich gegenüberstellen. Der Streit wird veranlaßt durch einen erfolgten oder drohenden Eingriff in eine geschützte (Verfassungs-) Rechtsposition. Das Bundesverfassungsgericht legt bei derartigen streitigen Sachverhalten die Maßstäbe des (Verfassungs-) Rechtes an. Es bestätigt und verwirklicht die Normen des positi-

215 Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG, § 13 Nr. 8 BVerfGG.

216 Art. 99 GG, § 13 Nr. 10 BVerfGG.

217 Wenn analog Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG die Landesregierung oder ein Drittel der Landtagsmitglieder als Antragsteller auftreten, BVerfG, Urt. vom 5.4.1952, BVerfGE 1, 208 (218 f).

218 Art. 18 GG, § 13 Nr. 1 BVerfGG.

219 Art. 21 Abs. 2 Satz 2 GG, § 13 Nr. 2 BVerfGG.

220 Art. 98 Abs. 2 GG, § 13 Nr. 9 BVerfGG.

221 § 90 Abs. 1 BVerfGG.

222 Vgl. § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG.

223 Vgl. § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG, und BVerfG, Beschl. vom 3.12.1958, BVerfGE 9, 3 (11 f).

224 Die private Rechtsfähigkeit spielt in den Verfahren der Verfassungsgerichtsbarkeit keine Rolle. Es reicht die besondere Rechtsfähigkeit aus, die die Trägerschaft verfassungsmäßiger Rechte verleiht. Vgl. SCHEUNER, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und das Verfassungsrecht der Bundesrepublik, DVBl 1952, 613 (616); betreffs Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG GOESSL, Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Berlin 1961, 56.

ven Rechtes, selbst wenn seine Entscheidungen Politika sind, wenn es - etwa bei Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei oder im Organstreit - unvermeidbar "Politik in justizförmiger Weise"²²⁵ betreibt. Den genannten Verfahren kommt also ohne Ausnahme Rechtsstreitcharakter zu²²⁶.

Befindet das Bundesverfassungsgericht über Geltung und Wirksamkeit eines Rechtssatzes, so gerät es in den Funktionsbereich der Legislative. Das Objekt richterlichen Erkenntnisses ist nicht mehr ein streitiges Rechtsverhältnis, sondern eine positiv-rechtliche Norm, deren Bestand der Verfassungsrichter aufrechterhält oder zunichte macht. Mindestens der letztere Akt - das Aufheben des Rechtssatzes - zeitigt eine konstitutive Wirkung²²⁷, so daß der Verfassungsrichter in die Nähe des Gesetzgebers rückt: Er gibt zwar keinen Rechtssatz, nimmt vielmehr einem Rechtssatz die diesem innewohnende Gültigkeit, ist mithin - will man das strapaziöse Begriffs-

225 MAUNZ, 240. Eingehend setzt sich KLEIN, Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen, Münster 1966, mit dem Spannungsverhältnis zwischen Recht und Politik auseinander, vgl. besonders 28 ff. - Zur politischen Tragweite des Parteiverbotsverfahrens vgl. BVerfG, Urt. vom 14.8.1956, BVerfGE 5, 85 (139).

226 Für viele FRIESENHAHN, Begriff und Arten der Rechtsprechung, 46 f (Minister- und Richteranklage), 50 ff (Verwirkung von Grundrechten, Verbot politischer Parteien), 55 ff (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG), 58 f (Art. 99 GG), 59 (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG), 68 (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG). Gegen FRIESENHAHN SCHEUNER, Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl 1952, 293 (296), dessen Frage nach dem subjektiven Recht etwa beim Parteiverbot angesichts der durch Art. 21 Abs. 1 GG gewährleisteten Einrichtungs- und Bestandsgarantie verblüfft (vgl. von MANGOLDT/KLEIN, I, Anm. II 4 a zu Art. 21; MAUNZ/DÜRIG, I, Anm. 39 zu Art. 21); dennoch sieht SCHEUNER in der Verfassungsgerichtsbarkeit echte Rechtsprechung verwirklicht.

227 Christoph BÖCKENFÖRDE, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, Diss., Berlin 1966, 64.

paar dulden - ein "negativer Gesetzgeber". Ob er im umgekehrten Fall - der Geltungsbestätigung eines Rechtssatzes - normiert²²⁸, mag dahingestellt bleiben; immerhin hat die Rechtsatzkontrollentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes in den Fällen des § 13 Nr. 6, 11, 12 und 14 BVerfGG nach b e i d e n Seiten hin Gesetzeskraft²²⁹.

Behält man das materielle Kriterium des Rechtsstreites im Auge, muß hier jedoch mit FRIESENHAHN²³⁰ zwischen dem Inzidentverfahren und dem objektiven Verfahren unterschieden werden.

Die "konkreten" Normenkontrollverfahren, beispielsweise die Prüfungsverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG, Art. 100 Abs. 2 GG oder die oben erwähnten Verfassungsbeschwerdeverfahren, in denen die Geltung von Gesetzen überprüft wird, knüpfen nämlich an Rechtsstreitigkeiten an. Sie haben, wie jedes streitentscheidende Prozedieren, ihren Ursprung in der Verletzung oder Bedrohung eines materiellen Rechtes. Im Mittelpunkt des Streites der Parteien steht ein Sachverhalt, den der Richter mit einem Rechtssatz (oder mit Rechtssätzen) in Relation setzen soll. Exklusivität gewinnen diese Streitverfahren dadurch, daß vor Abschluß der Relation Sachverhalt - Rechtssatz der anzuwendende Rechtssatz ausnahmsweise selbst auf eine Norm höheren Ranges relativiert wird²³¹, und zwar nicht vom streit-

228 So JAHREISS, Die Rechtspflege, 31.

229 § 31 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG. Vgl. dazu GEIGER, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Berlin und Frankfurt a.M. 1952, Anm. 9 und 10 zu § 31.

230 Begriff und Arten der Rechtsprechung, 63.

231 Die Relation kontrollierter Rechtssatz - kontrollierender Rechtssatz vollzieht sich rechtslogisch durch Subsumtion, KLEIN, Die Rechtswidrigkeit des Gesetzes zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 26. März 1954, in: Der Kampf um den Wehrbeitrag, München 1958, 566 (579); BETTERMANN, Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt, 1713.

scheidenden Richter in Wahrnehmung eines eigenen Prüfungsrechtes, sondern vom Verfassungsrichter im Zwischenverfahren. Gegen die Regel unterzieht die rechtsprechende Gewalt nicht nur die Rechtmäßigkeit der Komponente "Sachverhalt", sondern überdies die Rechtmäßigkeit der Komponente "Rechtsatz" ihrer Erkenntnis. Die Funktion des Normprüfens wird der des Richtens angegliedert. Da aber ein streitiges Rechtsverhältnis das Verfahren in Gang setzt und weiterhin zur Entscheidung ansteht, bleibt der streitentscheidende Charakter des Verfahrens auch bei anfallender Normenkontrolle vorherrschend. Denn der Normbestand wird überprüft, um Recht zu sprechen. Summarisch wird man dem gesamten Verfahren trotz seines Mischcharakters die Qualität eines Rechtsprechungsverfahrens zusprechen dürfen.

Im Gegensatz zum Inzidentverfahren sind die objektiven ("abstrakten") Normenkontrollverfahren, in denen nach Maßgabe der grundgesetzlichen Regelungen die Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht²³² oder die Fortgeltung von Recht als Bundesrecht²³³ überprüft wird, nicht von einem Rechtsstreit abhängig. Sie werden - "losgelöst vom konkreten Anlaß des Geltungszweifels"²³⁴ - auf Antrag eines Verfassungsorgans des Bundes oder eines Landes eröffnet und unter (formeller) Beteiligung des Antragstellers durchgeführt. Gegenstand des Verfahrens ist nur noch der Bestand des kontrollierten Rechtssatzes, kein rechtsverletzendes oder rechtsbedrohendes Verhalten eines Normadressaten, auch nicht das "Normsetzungsverhalten" des Gesetzgebers²³⁵.

232 Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG.

233 Art. 126 GG, §§ 13 Nr. 14, 86 Abs. 1 BVerfGG.

234 MAUNZ, 247, 239.

²³⁵ So konstruieren JAHREISS, Die Rechtspflege, 31; MENDER, System, 88/89.

Deswegen muß die objektive Normenkontrolle aus dem Funktionskreis der Rechtsprechung ausscheiden; sie mag als "authentische Verfassungsinterpretation"²³⁶ materielle Gesetzgebung sein²³⁷.

3. Ergebnis

Das materielle Funktionsmerkmal "Rechtsstreit" erweist sich im Ergebnis als zuverlässig. Das Gros der von den Gegnern dieser Auffassung ins Feld geführten richterlichen Aufgaben - die Entscheidung der Strafsachen, der streitigen Statussachen und der Verfassungsstreitigkeiten - fügt sich widerspruchslös diesem Merkmal ein. Die wenigen Ausnahmen, namentlich die selbständige Normenkontrolle, sichern dieses Ergebnis und widerlegen es nicht. Wenn also dem Richter Auseinandersetzungen um subjektive Rechte zur neutralen Entscheidung angetragen werden, hat er Recht zu sprechen. Das gilt auch für das Gebiet des öffentlichen Rechtes. Wer das in Abrede stellt, überspielt oder verkennt die Bedeutung subjektiver öffentlicher Rechte, die

236 Hans J. WOLFF, I, 73.

237 Vgl. de TOCQUEVILLE, De la Démocratie en Amérique, Buch I (1835), Paris 1963 (Union Générale d'Éditions, 10/18), 1. Teil, Kap. 6, Fonction politique du pouvoir judiciaire, 78 ff; KRÜGER, 708; Christoph BÖCKENFÖRDE, 67; Hans J. WOLFF, I, 73; FRIESENHAHN, Begriff und Arten der Rechtsprechung, 54; SCHNEIDER, 13. Die Funktion der objektiven Normenkontrolle wird der materiellen Rechtsprechung zugerechnet von: KLEIN, Bundesverfassungsgericht, 15, der jedoch vermerkt (16), daß die bundesverfassungsrichterliche Tätigkeit in Funktionsbereiche anderer Staatsorgane hinübergreift; weiterhin von MAUNZ/DÜRIG, I, Anm., 19 zu Art. 31; von MANGOLDT, Anm. 2 zu Art. 93; GEIGER, Anm. 14 zu § 31; BACHOF, Grundgesetz und Richtermacht, Tübingen 1959, 38 ff; SCHEUNER, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 617; JAHRREISS, Die Rechtspflege, 31; LAUFER, Typus und Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Die moderne Demokratie und ihr Recht, Festschrift für Gerhard LEIBHOLZ, 2. Band, Staats- und Verfassungsrecht, Tübingen 1966, 427 (434, 444 ff). Zur materiellen Rechtskraft der Normenkontrollentscheidungen vgl. BayVerfGH, Entsch. vom 31.7.1952, BayVerfGHE 5 (1952), 166 f.

häufig noch profundere Lebensinteressen des einzelnen Rechtsträgers zum Inhalt haben als zivile Rechte, deren Gefährdung oder Verletzung demzufolge vitalere Streitsituationen hervorrufen kann als die Rechtsgefährdung oder Rechtsverletzung im privatrechtlichen Sektor.

3. Kapitel

Art des Richtens

Mit dem Anlaß des Richtens, dem streitigen Rechtsverhältnis, ist ein Festpunkt gewonnen, von dem aus die Konturen der Funktion selbst schon sichtbar sind. Ein gelegentlicher Vorgriff auf die eigenartige Struktur und den "Zweck" der richtenden Tätigkeit ließ sich im Verlauf der Erörterung des Rechtsstreitbegriffes nicht vermeiden: Die Funktion des Richtens ist eben eine komplexe Erscheinung, aus der sich schwerlich der Anlaß, das veranlaßte Tun und die Ausrichtung des Tuns als Einzelteile herauslösen und isolieren lassen. Dennoch verdienen beide, die spezifische Art und die Zielsetzung des Richtens, noch eine vertiefende Betrachtung. Jedes menschliche Handeln wird erst dadurch evident, daß man neben der Motivation den Handlungsablauf und dessen Ausrichtung in Erfahrung bringt.

Zunächst zur eigentlichen Tätigkeit des Richtens. Von den zahlreichen Definitionsversuchen, die dazu in jüngster Zeit unternommen wurden, hat eine von JAHREISS eher beiläufig entwickelte Formel die wohl größte Aussagekraft: Richten ist "Messen menschlichen Verhaltens am Recht"²³⁸. Ansatzpunkt des

238 JAHREISS, Das "Wesen" des Rechtsprechens, 65. Indem JAHREISS die V e r b i n d l i c h k e i t des Richterspruches in seine Formulierung aufnimmt, bekennt er sich zu einem Funktionsbegriff, der materielle und formelle Elemente enthält und deswegen historischen Verschiebungen ausgesetzt ist. JAHREISS argumentiert so (a.a.O., 69): Das Rechtsprechen berge im Kern stets etwas Vorgegebenes in sich, - "sonst wäre es einfach sinnlos, von Rechtsprechung zu reden" -; aber "vielleicht nicht in vollem Um-

Beitrages von JAHREISS ist der bekannte Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes zu § 80 Abs. 1 BVerfGG²³⁹, der die Unzulässigkeit einer *gutachtlichen* Äußerung des zur Vorlage weiterleitenden Gerichtes feststellt. Eine "dem *Wesen* des Rechtsprechens *fremde* Aufgabe", so heißt es in der Begründung des Beschlusses, werde erfüllt, wenn "sich ein Rechtsprechungsorgan in einer einzelnen Rechtssache zu Rechtsfragen *gutachtlich*" äußere²⁴⁰.

Vergleicht man das vom vorlegenden Gericht erstellte Rechtsgutachten mit einer gerichtlichen Entscheidung, so ist lediglich ein Unterschied erkennbar: Das Gutachten entfaltet keine verbindliche Wirkung, enthält keinen Rechtsbefehl. Ist die Befehlswirkung aber *Wesen*sbestandteil des Richtens?

1. Messen

Das Messen menschlichen Verhaltens am Recht, die Erkenntnis, daß eine bestimmte menschliche Handlung gegen den Ordnungsplan des Rechtes verstieß, Un-Recht war: Das ist die erste Phase richten-der Tätigkeit. Das Richten wäre indes eine Halbheit, wenn es mit der Feststellung des Unrechts sein Bewenden hätte. Damit die Rechtsordnung wieder hergestellt werde, muß dem Unrecht Recht folgen, gerade so, daß das Unrecht aufgewogen und der Rechtsfrieden wieder hergestellt wird²⁴¹. Diese zweite Phase des Rich-

fang." Andererseits umfasse es "vielleicht sonstiges Herrschaftliche und manches Nicht-Herrschaftliche", also formelle und - wenn man so will - "modale" Elemente.

239 Beschl. vom 30.11.1955, DÖV 1956, 51 (51).

240 Das Bundesverfassungsgericht setzt sich damit in Widerspruch zu der Begründung seines Plenarbeschlusses vom 8.12. 1952, BVerfGE 2, 79 ff. Dort (88 f) beansprucht es für *seine* "Gutachten" Rechtsprechungsqualität, da die *Verbindlichkeit* kein Merkmal der verfassungsrechtsprechenden Funktion sei. Zuvor (86) spricht es allerdings - wie im Beschl. vom 30.11.1955 (Fn. 239) - einem Rechtsgutachten die Eigenschaft eines Rechtsprechungsaktes "grundsätzlich" ab.

241 Vgl. oben, 56 f.

tens geschieht ebenfalls im Wege der Erkenntnis. Genau genommen bedient sich der Richtende während dieses doppelten Erkenntnisvorganges reziproker Richtwerte: Er stellt erst das Unrecht am Maßstab des Rechtes und dann das Recht am Maßstab des Unrechtes fest. Der vielzitierte Satz THOMAS²⁴²: Feststellung "dessen, was Rechtens ist", müßte somit - soll die Gleichung aufgehen - um die Größe "Unrecht" vervollständigt werden. - Doch dazu später.

Gehen wir von der zutreffenden Bemerkung aus, der Richtende erkenne das (Un-) Recht und stelle es fest. Der Begriff "Kognition" präzisiert eine Eigenschaft, die die Funktion des Richtens vor der des Verwaltens auszeichnet: Den Prozeß geistiger Besinnung auf das Gerechte²⁴³, der darin besteht, daß der Unrechtssachverhalt und das Recht nach und nach verstandesmäßig gewonnen und auf die Feststellung des Richtigen hin determiniert werden. Dabei ist die **Feststellung** nichts weiter als das Resultat einer Reihe kognitiver Akte. In ihr findet der lange Weg schrittweiser Einsicht seinen Abschluß²⁴⁴.

Daraus folgt: Dem Richten eignet keine autoritative Kraft. Die deklaratorische Feststellung des Rechtes ist lediglich

242 129. Vgl. auch Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht, 10. Übernommen z.B. von FLUME, Steuerwesen und Rechtsordnung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festgabe für Rudolf SMEND, Göttingen 1952, 59 (75), und BRÜGGEMANN, Die rechtsprechende Gewalt, Berlin 1962, 55.

243 THOMAS von AQUIN bezeichnet den Richterspruch als Akt der gerechten Vernunft. THOMAE AQUINATIS Opera omnia, Summa theologica, Continuatio primae partis secundae et secunda pars secundae, Paris 1889, Frage 60, Art. 5, S. 500: "Judicium nihil aliud est quam quaedam definitio vel determinatio ejus quod iustum est."

244 KLEIN, Steuerwesen und Rechtsordnung, 10, meint dagegen, die Verbindung der Termini "kognitiv" und "Feststellung des Rechts" sei unzulässig, da beide "auf zwei ganz verschiedenen Ebenen liegen."

in sich verbindlich und nicht gegenüber den Beteiligten des Rechtsstreites. Die Verbindlichkeit, mit der der Richterspruch ausgesteuert ist, entfließt nicht der rechtsprechenden Funktion, sondern der - rechtsprechenden - Staatsgewalt. Zwar soll die Entscheidung des Richters "das letzte Wort" im Rechtsstreit sein²⁴⁵, denn mit der abschließenden Feststellung dessen, was Rechtens ist, ist auch die Funktion am Ende angelangt; daß aber das letzte Wort verpflichtet, beruht auf einer Zugabe aus dem herrschaftlichen Bereich des Staates²⁴⁶. Eine Befehlswirkung ist dem Richten wesensfremd; gerade das unverbindliche rechtliche Begutachten einer Streitsache macht das Wesen des Richtens aus.

Die richterliche Feststellung des Rechtes im konkreten Fall hat seiner Natur nach mit der Gewalt-Ausstattung des Richterspruches nichts gemein. Feststellungsakt und Gewaltswirkung müssen demgemäß - darin ist JAHRREISS²⁴⁷ zuzustimmen - voneinander getrennt werden. Das gilt allerdings nicht nur für den Wahr- und Schuldspruch, sondern gleichbleibend für den Rechtsfolgenspruch. Auch dieser ist nicht von sich aus Befehl,

245 JAHRREISS, Demokratischer Rechts-Staat, 213; Die Rechtspflege, 31 f.

246 Von ARETIN/von ROTTECK, 208: "Das Wesen der richterlichen Funktion, nämlich das Urtheilen, ist gar kein Akt der Gewalt, sondern des Verstandes." Vgl. weiter JAHRREISS, Das "Wesen" des Rechtsprechens, 68 f; Die Wesensverschiedenheit, 129, 132 f; EICHENBERGER, 85 ff; MARCIC, Vom Gesetzestaat zum Richterstaat, 249; FORSTHOFF, 7; BRÜGGEMANN, 62; FUSS, Gleichheitssatz und Richtermacht, JZ 1959, 329 (330). BLUNTSCHLI, 306, wendet gegen von ARETIN/von ROTTECK ein, der Charakter einer obrigkeitlichen Gewalt käme, wenn auch nicht der Rechtsfindung, so doch der Rechtsanwendung, d.h. der Subsumtion, zu. Er lagert damit die Gewaltwirkung des Urteils schon in den richterlichen Erkenntnisgang ein. Auf dem gleichen Terrain bewegt sich noch heute KRUSE, 53, wenn er schreibt, der richterlichen Begutachtung ermangele die autoritative Kraft, die Rechtswirkung eines Urteils. Rätselhaft bleibt, wodurch ein purer Akt des Intellektes Gewalt äußern soll. Wenn man schon einen materiellen Begriff der Rechtsprechung sucht, muß man sich eben von allen Äußerlichkeiten dieser Funktion freimachen.

247 Die Wesensverschiedenheit, 133 ff.

sondern erst einmal Erkenntnis und Ausdruck des gerechten Ausgleichs²⁴⁸. Wenn der Angeklagte X wegen Diebstahls zu einer Gefängnisstrafe von sechs Monaten verurteilt wird, so schlägt sich das Eigene der Funktion Rechtsprechung nicht nur - wie JAHRREISS²⁴⁹ glaubt - in dem "wegen Diebstahls" nieder, sondern zusätzlich in der "Bestrafung" mit sechs Monaten Gefängnis. Denn die Festsetzung der angemessenen Strafe bedeutet als erstes und unabhängig von jeglicher Verpflichtung, daß dieses Unrecht "Diebstahl" unter den obwaltenden objektiven und subjektiven Umständen mit dieser Strafe "sechs Monate Gefängnis" ausgeglichen werden kann²⁵⁰. Die Straffestsetzung ist als "Versöhnung des Rechtes mit sich selbst"²⁵¹, als gerechtigkeitsbezogene Einsicht Rechtsprechung²⁵². Vor den staatlichen Befehl schiebt sich die Erkenntnis des ausgewogenen Gegenteils zum Unrechtsgehalt der Straftat. Sondiert man die Begriffe, dann ist kaum etwas einleuchtender, als daß der Staat zuerst nachdenkt und dann befiehlt. Das Nachdenken ist die Funktion, von der wir reden.

Es wäre sonach kein Gewinn, dem Vorschlag JAHRREISS' gemäß den Wahr- bzw. Schuldspruch und den Rechtsfolgenspruch unter

248 Vgl. oben, 56 ff.

249 A.a.O.

250 Die Bestimmung von Deliktsfolgen, die etwas anderes als einen Ausgleich des Unrechtes bezwecken, ist dem Rechtssprechen folglich fremd. Vgl. unten, 161 ff.

251 HEGEL, § 220, 190.

252 DROST, Das Ermessen des Strafrichters, Berlin 1930, 151 ff, 162 ff; SPENDEL, Zur Lehre vom Strafmaß, Frankfurt am Main 1954, 168 ff, 176 ff; BRUNNER, Gerechtigkeit, Zürich 1943, 262 ff; KARL PETERS, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln?, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), 2. Halbband, 1 (5 ff); BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, 365 f; ARNDT, Strafgewalt, 607; Rechtsprechende Gewalt, 16 ff. Nach JAHRREISS, Die Wesensverschiedenheit, 133, FRIESENHAHN, Begriff und Arten der Rechtsprechung, 43, und Gerhard MATTERN, Steuer-Strafverfahren, 404, gehört die Straffestsetzung nicht zur Rechtsprechung.

Abänderung der üblichen Stilisierungsweise auseinanderzureißen und getrennt zu tenorieren. Der Eigenart des Rechtsprechens würde es vielmehr gerecht, den staatlichen *B e f e h l* vom Ausspruch der Rechtsfolgen abzusondern und zu verselbständigen, etwa in dem Sinn: Der Angeklagte X ist eines Diebstahls schuldig; das begangene Unrecht wäre mit einer Gefängnisstrafe von sechs Monaten abgegolten. Der Angeklagte X wird zu dieser Strafe verurteilt.

Dieses Ergebnis läßt sich ohne weiteres auf das Zivilurteil übertragen. Von der Idee der Rechtserkenntnis im Rechtsfolgenspruch her wird klar, daß das Schlagwort vom Feststellungsurteil als dem "reinsten" Ausdruck der Rechtsprechung wie alle Schlagwörter mit Vorsicht aufgegriffen werden muß. Sowohl das Leistungsurteil als auch das Gestaltungsurteil haben feststellenden Charakter: Auf der Tatbestandsseite ohnehin; auf der Rechtsfolgenseite dergestalt, daß auch dort der Richter - bevor er einen Leistungsbefehl erteilt oder die Gestaltungswirkung eintreten läßt - kognitiv feststellt, welche Leistung oder Gestaltung im vorliegenden Rechtsverhältnis dem Recht entspricht²⁵³. Ob und wie weit der Richter auf der Rechtsfolgenseite gesetzlich gebunden ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Zweifellos ist der richterliche Erkenntnisraum beim Gestaltungsurteil verkümmert, wenn das Gesetz nur eine Rechtsfolge zuläßt²⁵⁴; dennoch erkennt der Richter

253 Walter JELLINEK, Verwaltungsakt, 10; BÖTTICHER, Regelungsstreitigkeiten, in: Festschrift für Friedrich LENT, München und Berlin 1957, 89 (100); GRÖPL, 173, 182, 191; vgl. weiter Fn. 210.

254 Eine absolute Bindung des Richters bei der *S t r a f - f e s t s e t z u n g* diktiert § 211 Abs. 1 StGB. Daß der Richter sogar in diesem Fall Recht, besser: Gesetz spricht, täuscht nicht über die Fragwürdigkeit der festen Strafe hinweg. Vgl. SARSTEDT, In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln?, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Teil D, 2. Abteilung, Tübingen 1956, D 42.

(gesetztes) Recht, ehe sich seiner Erkenntnis die Gestaltungswirkung anschließt. Im Urteilstenor könnte die Trennung von rechtsprechender Funktion und staatlicher Herrschaftsgewalt etwa folgendermaßen verdeutlicht werden: Die Ehe der Parteien ist durch ehrloses Verhalten des Beklagten unheilbar zerrüttet; die Klägerin kann Scheidung begehren. Die Ehe wird geschieden.

2. Menschliches Verhalten

"Messen" besagt: Eine Größe zu einer anderen so in Bezug bringen, daß beide deckungsgleich werden. Die in Frage kommenden Größen sind das gemessene Objekt und das Maß, beim Richten der Sachverhalt und das Recht.

Der Rechtsstreit wird über einen *Sachverhalt* ausgetragen, über ein sachlich bestimmtes, zeitlich umgrenztes, einmaliges Teilstück aus dem Ablauf des breiten sozialen Lebensstromes. Auch das ergibt der Rechtsstreitbegriff: Da zwei Rechtsträger aus Anlaß eines als Rechtsverletzung behaupteten Ereignisses miteinander streiten, ist die Erkenntnis des Richters bei Aufklärung dieses Ereignisses an die beteiligten Personen - *easdem personas* - und an die Gegebenheiten der Streitsache - *in eadem re* - gefesselt. Das *Rechtswahrhalten* - *nisi* - engt den Blickwinkel des Richters auf die Personen der Rechtsträger hin ein; das rechtsverletzende *Verhalten* aber zwingt ihn dazu, sich vom Gegenwärtigen abzuwenden und in die Vergangenheit zurückzuschauen, und zwar auf dieses eine Geschehnis, das sich ihm brennpunktartig darbietet. Er konzentriert sich auf einen einzigen "aus dem Sozialleben herausgeschnittenen und isolierten Tatbestand"^{255.256}.

255 FORSTHOFF, 6.

256 Besteht der Sachverhalt ausnahmsweise nicht in einer Rechtsverletzung, sondern in der Gefährdung eines Rechtes, dann ist die *Verletzungshandlung* in der *Zukunft* zu erwarten. Der Richter kann sie sich als geschehen vorstellen, und er wird in Hinsicht auf die *Wirkung* seiner Entscheidung vorbeugend eingesetzt: JAHRREISS, Die Rechtspflege, 31; Eberhard SCHMIDT, I, Nr. 31;

Freilich ist nicht nur menschliches Verhalten Gegenstand der richterlichen Aufmerksamkeit. Eine ansteckende Krankheit, deretwegen die Ehe geschieden werden kann²⁵⁷, ist schließlich - mag sie auch durch ein Verhalten verursacht sein - selbst kein Verhalten des kranken Ehegatten, sondern ein Zustand, eine menschliche Gegebenheit. Durchweg erwächst jedoch eine rechtliche Auseinandersetzung aus dem Verhalten eines Pflichtigen, aus der Straftat, der Schlechterfüllung, der Geschäftsbesorgung gegen das Interesse des Geschäftsherren, der Anstellung und Beauftragung eines Erfüllungsgehilfen, dem Ermessensmißbrauch, der Kompetenzüberschreitung. Immer gibt der Mensch Anlaß zum Streit, indem er einen "Sachverhalt" verwirklicht, so daß die Kontrolle eines Rechts-sat-zes - nun zeigt sich der tiefere Grund - über den Funktionsbereich des Rechtsprechens hinausragt: Beurteilt der Richter eine Norm, so verläßt er die konkrete menschliche Situation und die Vergangenheit und greift stattdessen in die Vielzahl hypothetischer Sachbezüge. Er blickt nach vorn und nicht zurück.

Der Richter ist "Vergangenheitsmensch"²⁵⁸, weil er seine Erkenntnis retrospektiv gewinnt. Der Konnex an den Sachverhalt nötigt ihn überdies, sich auf den "status quo"²⁵⁹, die einzelne soziale Begebenheit einzuschränken und die Sozialordnung als Ganzes unbeachtet zu lassen. Nichtsdestoweniger hat auch der Richter wie der Verwaltungsbeamte mit der Gestaltung der Sozialordnung zu tun²⁶⁰. Die Auswirkung

HABSCHIED, Steuerstraßverfahren und Grundgesetz, 6. Sein Tun unterscheidet sich aber in nichts vom üblichen; Er reflektiert den gedachten Sachverhalt. Im übrigen liegt die Rechtsg e f ä h r d u n g in der Vergangenheit.

257 § 46 EheG.

258 HUSSERL, Recht und Zeit, Frankfurt am Main 1955, 59 ff.
Ähnlich FORSTHOFF, 5 f; Günther und Erich KÜCHENHOFF, 124.

259 FORSTHOFF, 5; HUSSERL, 62.

260 Dies gegen FORSTHOFF, 6.

seiner Erkenntnis, die "Gewalt" seiner Entscheidung tragen nämlich, darin den Akten der Verwaltung vergleichbar, zur Formung des sozialen Ganzen bei. Das ist gar nicht zu übersehen und wird, wie wir wissen, bereitwillig als Argument gegen die Eigenständigkeit der rechtsprechenden Funktion benutzt. Mit dem Bemerken, daß Verwaltungsakt und Richterspruch analoge Wirkungen zeitigen, ist es aber nicht getan. Dabei gerät in Vergessenheit, daß ja die Funktion des Richtens aufgehört hat, wenn die Wirkung des Richterspruches einsetzt. Viel wichtiger noch: Der Richterspruch empfängt seine einzigartige Prägnanz aus der Tatsache, daß er Recht i s t und als solches obiter gestaltend wirkt, während der Verwaltungsakt in den S c h r a n k e n des Rechtes ergeht, um zu gestalten²⁶¹.

3. Rechtsanwendung?

Mit diesem Gedanken STAHLs trifft man auf den "nervus rerum" des dem Rechtsprechen und dem Verwalten angeblich gemeinsamen Merkmales der Rechtsanwendung. Wenn - wie behauptet - der Richterspruch Recht darstellt und der Verwaltungsakt vom Recht begrenzt wird, scheint das Kennzeichen der Rechtsanwendung nicht mehr als eine Schablone zu sein, die beiden Staatsfunktionen aufgedrängt wird, nur weil sie den Einzelfall betreffen.

261 Die Abgrenzung der Rechtsprechung von der Verwaltung unter dem Gesichtspunkt der Funktionszwecke nimmt, soweit ersichtlich, als erster STAHL, 608 f, vor: "Tiefer ausgedrückt, wo die innere Absicht ... allein die Gerechtigkeit ist, da ist der Bereich der Gerichte und sonst nirgend. Denn Gerechtigkeit muß zwar in allen Gebieten beobachtet werden, im Gebiete der Verfassung, der Verwaltung wie der Justiz, aber in dem einen ist sie die bloße Schranke, in dem anderen ist sie das positive, das einzige Ziel. Dort wird das Gemeinwohl ... mit Beobachtung der Gerechtigkeit angestrebt, hier wird die Gerechtigkeit selbst und nur sie angestrebt". Ähnlich BÄHR, Der Rechtsstaat, Aalen 1961, Neudruck der Ausgabe 1864, 52.

Die Frage ist nun: Wie und zu welchem Zweck "wenden" denn die Rechtsprechung und die Verwaltung "Recht an"?

Der Richter stellt, so überlegten wir vorhin, im e r - s t e n Arbeitsgang das Unrecht am Maßstab des Rechtes fest. Das heißt: Er findet den Sachverhalt, die Summe der einzelnen rechtserheblichen Tatsachen (Untersatz) auf, sucht einen entsprechenden Rechtssatz (Obersatz) und zieht eine - vorläufige²⁶² - Schlußfolgerung (conclusio), nämlich die, daß ein menschliches Verhalten vom Recht mißbilligt wird: X hat, gegen die gebietende Ordnung des Rechtes, gestohlen, eine irrtumsbehaftete Willenserklärung abgegeben, von seinem ihm eingeräumten Ermessen keinen Gebrauch gemacht.

Der im Obersatz enthaltene Maßstab ist ein objektiver: Das allgemein verbindliche Recht in Gestalt des gesetzten Satzes oder als ein von der Rechtsüberzeugung getragener Brauch. Läßt man den mit dem jeweiligen Rechtssatz verknüpften Imperativ - jeder s o l l : nicht stehlen, seinen Willen irrtumsfrei erklären, Ermessen gebrauchen - beiseite, zieht man also das eigentlich Normierende vom Rechtssatz ab, so verbleibt das Substrat der wert- und befehlsfreien Rechtsbegriffe²⁶³: stehlen, Irrtum, Willenserklärung, Ermessen. Diese Begriffe sind mit den erkannten Tatsachen zu kombinieren, ge-

262 Die endgültige Schlußfolgerung zieht der Richter, indem er die Rechtsfolgen feststellt.

263 Im Sollensgehalt objektiven Rechtes manifestiert sich - wie in dem konkreter, einzelverbindlicher Sollenssätze - die Staatsgewalt. Daß Rechtssätze imperativisch gefaßt sind, hat aber auf das Subsumieren keinen Einfluß. Zwar werden aus imperativen Obersätzen letztlich konkrete Imperative erschlossen: Jeder Mörder soll bestraft werden; X ist Mörder; X wird bestraft (ENGISCH, 48). Diese S c h l ü s s e sind jedoch keine Volitivakte (anders SOMLO, 218, Fn. 4; SFORZA, Rechtsphilosophie, München 1966, 135 ff, 142; auch ENGISCH, 48 und 128, spricht von "volitiven Schlüssen" bzw. von "volitiven Denkakten"; KRUSE, 23, hält das psychologische Willensmoment für eine "Art der Denktätigkeit"), sondern rationale Akte. Das S c h l i e ß e n erfordert lediglich begriffliche Aussagen, deren Volitivgehalt, soweit vorhanden, dahingestellt bleiben kann. Das räumt auch ENGISCH, 48, ein, wenn er sich vor Augen hält, daß "in die rechtliche Urteilsfindung und -begründung anhand des Gesetzes rein "kognitive" Schlüsse eingebaut sind." Vgl. SCHEUERLE, Rechtsanwendung, Nürnberg und Düsseldorf 1952, 39 f.

nauer mit den Begriffen der erkannten Tatsachen, da Fakten sich nicht mit Begriffen in Verbindung bringen lassen und deswegen in Begriffe umgesetzt werden müssen²⁶⁴. Der Rechtsanwendende arbeitet aber nicht, wie es scheinen mag, streng schematisch in den Etappen: Gewinn der Faktenbegriffe, Findung der Rechtsbegriffe, Subsumtion. Alle drei Tätigkeiten bilden eine praktisch unzerlegbare Einheit. Der Rechtssatz wird unter Bezugnahme auf die Tatsachen des Einzelfalles ausgewählt. Umgekehrt erstreckt sich die prozessuale Wahrheitsforschung zielstrebig auf die Tatsachen, die in Hinsicht auf den Rechtssatz erheblich sind; andere Tatsachen interessieren nicht. Rechtssatz und Sachverhalt liefern das Vergleichsmaterial für die Subsumtion²⁶⁵. Weil beide in Kongruenz gebracht werden sollen, fixiert der eine die Bezugsmomente des anderen, und vice versa. Scheidet ein Moment aus - eine gesetzliche Bestimmung erweist sich nach ihrer Auslegung als unpassend, ein Beweisergebnis darf nicht berücksichtigt werden -, so wird das entsprechende Bezugsmoment unweigerlich davon erfaßt: Es kann bestenfalls an ein neues Moment gekoppelt werden. Die richterliche Rechtsanwendung gestaltet sich somit evolvierend und wechselbezüglich.

Daraus folgt - das sei nebenbei erwähnt - zweierlei:

Die Beweisaufnahme und die Vernehmung des Angeklagten durch den Richter sind, wie das Heranschaffen des rechtlichen Maßes, nicht bloße Vortätigkeiten²⁶⁶, sondern integrierende Bestandteile der Rechtsanwendung und als solche materiell Rechtspre-

264 SCHEUERLE, 150.

265 Vgl. ENGISCH, 57 f.

266 So JAHRREISS, Die Wesensverschiedenheit, 133; LEFRINGHAUSEN, 142.

chung²⁶⁷. Denn sobald der Richter den ersten Beweisstoff, die erste Einlassung zur Hand hat, setzt er sie in den Prozeß der Subsumtion ein. Ja schon zuvor "subsumiert" er, wenn er das Beweismittel in Richtung auf ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal des in Betracht gezogenen Rechtssatzes ausschöpft, oder wenn er den Angeklagten über die diesem angelastete Straftat vernimmt. Der Richter wird einen Zeugen, einen Sachverständigen nie blindlings fragen, sondern immer - obgleich tastend, prüfend, verbessernd - mit einem Blick auf einen oder mehrere Begriffe eines Rechtssatzes, den er präsumiert. Er wird nicht irgend eine Urkunde einsehen wollen, sondern diejenige, die den Schluß auf das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals gestattet.

Andererseits kann die vorbereitende richterliche Prozeßtätigkeit nicht der Rechtsprechung im materiellen Sinn zugerechnet werden²⁶⁸. Der Vorbereitung der Sachentscheidung dienen alle Tätigkeiten, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Sachentscheidung selbst stehen.

Das sind einmal die prozeßleitenden Maßnahmen - z.B. die Ausübung der Sitzungspolizei²⁶⁹ und die Verhandlungsleitung²⁷⁰

267 HEGEL, § 227, 192 f, schreibt, die Erkenntnis des Falles in seiner unmittelbaren Einzelheit und seine Qualifizierung enthielte für sich kein Rechtsprechen; doch müßten das empirische Auffinden der Wahrheit, das Schlüsse ziehen, das Kombinieren aus Aussagen, Zeugnissen und Umständen zur subjektiven Überzeugung des Richters führen; diese sei "das Letzte in der Entscheidung." Vgl. auch TROLLER, 129, und ARNDT, Rechtsprechende Gewalt, 19, letzterer allerdings unter gekünstelter Isolation des Wahrspruches.

268 Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht, 11; BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, 365; LEFRINGHAUSEN, 142 ff; GRÖPL, 93. Diesen Funktionsbereich enthielt der altgermanische und zum Teil auch der mittelalterliche Prozeß - so die Ordnung des Reichskammergerichtes - dem urteilenden Richter vor, vgl. DÖHRING, 35; MITTEIS/LIEBERICH, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl., München und Berlin 1961, 29 und 187.

269 § 176 GVG.

270 Die folgenden Beispiele sind der StPO entnommen. Für die ZPO vgl. ROSENBERG, 265 ff.

(Eröffnung und Schließung der Sitzung, kürzere Unterbrechung der Hauptverhandlung²⁷¹, das Festhalten oder Fesseln des Angeklagten²⁷², die Genehmigung der Entfernung von Zeugen und Sachverständigen²⁷³) - mit Ausnahme einiger sogenannter sachleitender Maßnahmen²⁷⁴, deren wichtigste die gerade erörterte Beweisaufnahme sowie die Vernehmung des Angeklagten sind: Mit der förmlichen Prozeßleitung ermöglicht der Richter einen ordnungsgemäßen, zweckfördernden und schleunigen Verlauf der Verhandlung; ihre einzelnen Maßnahmen stellen aber keine streitentscheidenden Akte der Tatsachen- und Rechtserkenntnis dar.

Das sind zum anderen die Verfahrensentscheidungen, die nicht in der Streitsache ergehen, sondern die Voraussetzungen des Richtens betreffen, etwa die endgültige oder vorläufige Einstellung des Verfahrens gem. den §§ 260 Abs. 1 Satz 2, 205, 206 a StPO wegen Geringfügigkeit²⁷⁵, wegen Unwesentlichkeit des Nebendeliktes²⁷⁶, wegen Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten²⁷⁷, in Ermangelung eines Strafantrages bei Antragsdelikten²⁷⁸: In ihnen stellt der Richter (noch) nicht fest, was zwischen den Parteien Rechtens ist, sondern

271 § 228 Abs. 1 Satz 2 StPO.

272 § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO; vgl. BGHSt, Urt. vom 13.12.1956, NJW 1957, 271 (271).

273 § 248 StPO.

274 Die h.M. trifft mit der Ausdrucksweise des Gesetzes (vgl. Abs. 1 und Abs. 2 des § 238 StPO) einen Unterschied zwischen formeller Verhandlungsleitung und Sachleitung, d.h. den Anordnungen, die auf die sachliche Förderung der Hauptverhandlung gerichtet sind und dadurch an den Bereich der Rechtsprechung stoßen oder in ihn hineinragen. Vgl. etwa RGSt, Urt. vom 28.1.1909, RGStE 42, 157 (158); RGSt, Urt. vom 18.11.1930, JW 1931, 1098 (1099); GEIER in LÖWE/ROSENBERG, I, Anm. 10 b und 10 c zu § 238; SCHWARZ/KLEINKNECHT, Anm. 3 B zu § 238. FUHRMANN, Das Beanstandungsrecht des § 238 Abs. 2 StPO - seine Bedeutung und seine Grenzen -, GA 1963, 65 (69 ff), und LEFRINGHAUSEN, 142, setzen die Sachleitung der formellen Prozeßleitung gleich.

275 § 153 Abs. 3 StPO.

276 § 154 Abs. 2 StPO.

277 Vgl. § 205 StPO und SCHWARZ/KLEINKNECHT, Anm. 1 zu § 205.

278 Vgl. RGSt, Urt. vom 12.2.1931, RGStE 65, 150 (150/151).

erkennt und erklärt durch Urteil oder Beschluß, daß er nicht befugt oder nicht gewillt ist, das streitige Rechtsverhältnis einer Entscheidung zuzuführen. Er verhält sich den Parteien gegenüber wie ein Verwaltungsbeamter, der als sachlich interessierte Amtsperson die Bedingungen seines Tuns oder Unterlassens untersucht^{279.280}.

Wenden wir uns wieder dem Kriterium der Rechtsanwendung zu, und zwar seiner Bedeutung bei der Bestimmung der Rechtsfolgen. In diesem zweiten Arbeitsgang stellt der Richter - wie eingangs behauptet²⁸¹ - das Recht am Maßstab des Unrechts fest. Ausgehend von dem Grad, der Schwere des Unrechtes, welches er auf der Tatbestandsseite durch einen Vergleich des menschlichen Verhaltens mit dem objektiven Recht ermittelte, bemüht er sich nun darum, das begangene Unrecht auszugleichen bzw. dem drohenden Unrecht zuvorzukommen. Sein einziger Maßstab ist hier der Unrechtsgehalt des Sachverhaltes. Nur dieser ist abzuwägen, wobei das positive Recht häufig nicht mehr als einen weit gespannten Rahmen setzt und lose Anhaltspunkte gibt. Es darf den Richter auch gar nicht binden, weil das Unrecht in unendlich viel Variationen auftreten kann und jede Variation angemessen erwidert werden will. Es darf deshalb nur festlegen, daß ein nach Gattungsmerkmalen bestimmter, von der Rechtsordnung nicht geduldeter Sachverhaltstypus "mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen" oder mit einer Schadensersatzleistung korrigiert werden muß. In concreto "ermißt" der Richter Art und Umfang der Unrechtsfolge, es sei denn, ausschließlich eine

279 BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, 369; Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt, 1720; LEFRINGHAUSEN, 143.

280 Die richterlichen Vortätigkeiten sind verwaltender Natur. LEFRINGHAUSEN, 143 f, lehnt diese Konsequenz ab und sieht in ihnen "Hilfstätigkeiten zur Erwirkung eines an der Gerechtigkeit orientierten Rechtsprechungsakts." Eine derartige materielle Staatsfunktion kennt das Grundgesetz nicht.

281 Oben, 86.

Folge erscheine gerecht, etwa die Ausschließung des Gesellschafters²⁸² oder die Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes²⁸³.

Auf der Rechtsfolgensseite ist die richterliche "Rechtsanwendung" demnach Hilfsmittel, Korrektiv des Wieder-Herrichtens. Der Richter benutzt das Recht lediglich als Stütze auf der Suche nach seiner das Unrecht egalisierenden Entscheidung.

Einer analogen Handlungsstruktur begegnet man in einer Vielzahl von Akten der Eingriffsverwaltung: Der Verwaltungsbeamte, der einem Störer den Abbruch einer die öffentliche Sicherheit gefährdenden Mauer²⁸⁴ vorschreibt oder eine Geldbuße verhängt, sichtet - gleich dem Richter - erst den Sachverhalt, schaltet ihn neben das Recht, bemerkt das Unrechte an ihm; dann ergreift er die Maßnahme, die ihm geeignet erscheint und die das Gesetz zuläßt. Und doch hat er ein anderes Verhältnis zum Recht als der Richter, ein Verhältnis, das RUMPF²⁸⁵ mit BETTERMANN treffend dem des Spielers zu den Spielregeln gleichsetzt, deren Einhaltung der Schieds-Richter beobachtet.

282 § 140 Abs. 1 HGB i.V.m. § 133 HGB. Der "unrechte", vom Gesetz nicht gewollte Sachverhalt beruht im Kern auf dem "wichtigen Grund" des § 133 Abs. 1 HGB: Den Gesellschaftern soll nicht zugemutet werden, die Gesellschaft mit einem Störenfried fortzusetzen. Bestünde nicht ein Interesse der Öffentlichkeit am personell unveränderten Bestand der OHG und an der Rechtmäßigkeit eines solch einschneidenden Eingriffes, würden die Gesellschafter den Ausschluß selbst vornehmen (vgl. dagegen § 737 BGB); deshalb sind sie auf eine Gestaltungsklage angewiesen. Vgl. oben, 58. Als adäquate Rechtsfolge bietet sich - neben der Auflösung - nur der Ausschluß an. Die Entscheidung darüber, welche der beiden Rechtsfolgen eintreten soll, obliegt - wie prinzipiell im Privatrecht - den insoweit autonomen Mitgesellschaftern, so daß der Richter keine Wahl hat.

283 § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

284 Beispiel von ARNDT, Richter, 208, und KRUSE, 8.

285 157 f.

In der Übersetzung auf die Staatsfunktionen des Verwaltens und des Rechtsprechens bedeutet das: Die Verwaltung verwendet das Recht nicht, wie der Richter, als Maßstab ihrer Erkenntnis, sondern als Basis ihres Handelns, als Spielraum. Für sie ist das Recht verbindliche²⁸⁶ Ordnung, die b e f u g t , aus der sie ihre Ermächtigung zur Aktion ableitet. Denn das A g i e r e n ist die eigentliche Funktion des Verwaltens, das Einziehen der Steuer, die Erteilung von Baugenehmigungen, das Wirtschaften mit Wohnungsraum, die Abwehr von Gefahren, kurz: Das Ordnung-halten und Ordnung-schaffen. Sie ist ja B e t e i l i g t e öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse und geriert sich dabei gerade so wie eine Person des privaten Rechtes, die etwas tut und dabei achtgibt, es recht zu tun. Ihr Ziel liegt im äußerlichen Effekt, nicht in der Besinnung auf das Gerechte. Selbst wenn sie Rechtsverletzungen abwehrt oder Rechtsgefährdungen verhindert, reagiert sie als Betroffene, nicht als Richter²⁸⁷, und will den Erfolg, nicht die Erkenntnis. Ihr Verhalten unterscheidet sich von dem eines privatrechtlichen Gläubigers, der sich selbst hilft, der klagt oder die Vollstreckung betreibt, nur dadurch, daß sie die Interessen der Allgemeinheit vertritt. Obwohl sie kollektive Interessen r e p r ä s e n t i e r t - individuelle Eigeninteressen sind ihr als Staatsgewalt verschlossen -, setzt sie sie durch, als wären es ihre

286 Art. 20 Abs. 3 GG. Von der synchronen B i n d u n g der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt wird gerne der Sprung zur Gleicha r t i g k e i t der Funktionen gewagt.

287 BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, 364. - Ebenso im Fall des Widerspruches gegen einen Verwaltungsakt: Der Widerspruchsbescheid ergeht in eigener Sache, das Ermessen der Behörde ad quem tritt an die Stelle des Ermessens der Behörde a quo, Änderungen der Sach- und Rechtslage werden berücksichtigt. Vgl. oben, 65, und dort Fn. 172.

eigenen, und nimmt so psychologisch die Stellung einer Privatperson ein. Ihre Befangenheit läßt eine neutrale, interessenlose Einstellung gar nicht aufkommen, ein Umstand, der - solange er nicht in Rechtsverletzungen ausartet - nicht einmal bedauerlich, sondern wünschenswert ist: Interessen sind die treibenden Kräfte jeder Aktion, und die Verwaltung soll ordnen und regeln.

Die Exekutive verfolgt also mit jedem Handeln einen Zweck²⁸⁸, an dem sie interessiert teilhat. Das voluntative Element initiiert und beherrscht ihre vom Recht gesteuerte Aktion und wird nicht einfach als Fremdkörper der Rechtserkenntnis angehängt. Aus diesem Grunde entfaltet die Verwaltung in der Regel Eigeninitiative; seltener bedarf sie eines Anrufes²⁸⁹. Aus diesem Grunde auch ist ihre ganze Aktivität zukunftsweisend, determinant.

288 Die Vorstellung STAHLs von der Zweckbedingtheit des Verwaltungshandelns teilen u.a.: DAHM, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit im Strafrecht der Gegenwart, in: Probleme der Strafrechterneuerung, Festschrift für Eduard KOHL-RAUSCH, Berlin 1944, 1 (23); KLEIN, Steuerwesen und Rechtsordnung, 10; Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, 407; von TUREGG, 1202; ARNDT, Gesetzesrecht, 1280; BRÜGGE-MANN, 54; SCHÜLE, 294; RUMPF, 157 ff; HENKEL, Strafrechtsverfahrensrecht, 197; KRUSE, 11 f; einschränkend FORSTHOFF, 3 ff, der die gestalterische Verwaltung nicht nur vom Recht "begrenzt", sondern vom Recht "durchwaltet" sehen will; vgl. aber 6 ("tätige, handelnde Staatsfunktion" ... "im Rahmen der Gesetze und auf dem Boden des Rechts"). Gegen STAHL: MENDER, System, 26 f, und SCHELLING, Verwaltungsakt und richterliche Entscheidung bei präventivpolizeilichen Freiheitsentziehungen nach Art. 104 des Grundgesetzes, Diss., o.O. 1956, 87.

289 "Handeln kraft eigener Initiative" (FLUME, 75) ist zwar ein starkes Indiz, aber kein Wesenszug administrativen Unternehmens. Die rechtsprechende Staatsfunktion ist hingegen immer auf einen Anlaß von außen angewiesen. Das folgt aus der *K o n f l i k t l a g e*, aus der sich die streitenden Rechtsträger nur mit Hilfe eines Dritten befreien können oder dürfen. Diesen Zusammenhang sieht de TOCQUEVILLE, 78, wenn er als Charakteristika des Rechtsprechens hervorhebt, daß der Richter "ne peut prononcer que lorsqu'il y a litige ...; et, pour agir, il doit toujours attendre qu'on l'ait saisi."

Während sich der Verwaltungsbeamte und der Private an das Recht halten, um damit etwas G ü l t i g e s zu erreichen, realisiert der Richter das Recht, weil die Rechtsanwendung im Einzelfall ungültig ist. Er "pfeift das Spiel" vorübergehend "ab" und ajustiert die mißratene Aktion. Daraus erklärt sich der restaurative Charakter seiner Entscheidung.

Mit dem Begriff "Rechtsanwendung", der ein aktives Tun veranschaulicht, ist die Funktion des Richtens reichlich ungenau geschildert. "Rechtserkenntnis" wäre präziser.

4. Kapitel

Ziel des Richtens

Die oben²⁹⁰ aufgeworfene Frage nach dem "Zweck" des Richtens ist noch nicht hinreichend beantwortet. Daß die Verwaltung zweckhaft tätig ist, ergibt sich aus ihrer Berufung, die Sozialordnung kontinuierlich zu gestalten. Was aber soll der Zweckbegriff für die Rechtsprechung aussagen?

Die verbreitete Sentenz, die Verwirklichung des Rechtes sei der Rechtsprechung "Selbstzweck"²⁹¹, der Verwaltung dagegen Mittel zum Zweck, ist genau besehen ebenso richtungsweisend wie irreführend. Sie will besagen, daß das Richten kein anderes Ziel hat als die Gerechtigkeit; sie verleitet indessen auf den ersten Blick zu der Abwegigkeit, in dem Gerechten einen Zweck zu erblicken²⁹². Die Gerechtigkeit ist kein

290 93.

291 So etwa STEIN, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912, 2; FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, 7; SCHELCHER, Justiz und Verwaltung, Leipzig 1919, 35 und Hans PETERS, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949, 5; nicht jedoch, wie FORSTHOFF, 3, Fn. 2, angibt, BÄHR, 52, und von SARWEY, 13, die dem Terminus "Selbstzweck" aus dem Wege gehen und - treffender - herausstellen, daß sich nur die Verwaltung, nicht die Rechtsprechung um materielle Zwecke kümmere.

292 Vgl. FORSTHOFF, 154.

Zweck, sondern ein absoluter, zweckfremder Wert²⁹³. Bei allem möglichen Einklang zwischen Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit ist doch der Zweck - auch im juristischen Sprachgebrauch - der mit einem Willensakt angestrebte äußerlich wirksame Erfolg, etwas gewollt Tatsächliches, das sich mit dem Axiom der Gerechtigkeit begrifflich nicht vereinbaren läßt. Die Gerichtigkeitsidee kann der Faktizität des Zweckes in der Weise vorgelagert sein, daß sich das Handeln an ihr orientiert; allein die Intention auf das Gerechte erlaubt noch keine terminologische Gleichsetzung der Gerechtigkeit mit dem materiellen Zweck.

Hinter dieser ersten Begriffserklärung verbirgt sich ein letzten Endes unlösbares Problem: Das Verhältnis zwischen der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit. Die Rechtsprechung ist, so hieß es bislang lapidar, auf die Gerechtigkeit angelegt; die Verwaltung verfolgt Zwecke des Gemeinwohles, wobei sie immerhin gehalten ist, Gesetz und Recht²⁹⁴ zu beachten. Die beiden strukturell weitreichend angeglichenen Funktionen sollen sich folglich, von ihren disparaten Anlässen abgesehen, auch durch unterschiedliche Denkweisen auszeichnen. Gelangen

293 RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 123 f. Anders z.B. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, 250 ff, der einen doppeldeutigen Zweckbegriff verwendet. Er stellt den empirischen Zwecken des Gesetzes (Schutz des Minderjährigen durch § 107 BGB; Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Verkehrsteilnehmern durch § 42 m StGB) die überempirischen, "objektiven" Zwecke des Rechtes entgegen; einer davon sei die Gerechtigkeit.

294 "Recht" bedeutet nicht dasselbe wie "Gesetz". Das Grundgesetz zeigt mit dieser Formel die "ewige Spannung zwischen Gesetz im Sinne vom positiven Recht und Recht im Sinne von materieller Gerechtigkeit" an, "die sich zum vollen Widerspruch verdichten kann." So von MANGOLDT/KLEIN, I, Anm. VI 4 f zu Art. 20. Ähnlich, zum Teil unter Ausdehnung des Rechtsbegriffes auf weitere Merkmale, ENGISCH, 172; MAUNZ/DÜRIG, I, Anm. 72 f zu Art. 20; LARENZ, 277 und da Fn. 3; Eberhard SCHMIDT, I, Nr. 507; BACHOF, Grundgesetz und Richtermacht, 24; HAMANN, Art. 20 B 8 a cc.

aber das teleologische und das rechtstreue Denken nicht dann zur Identität, wenn sich auch das Zweckdenken - dem Auftrag des Grundgesetzgebers gemäß - an das Rechte hält? Die Vorstellung von SARWEYS²⁹⁵, es sei eine rein zufällige Tatsache und ohne Bedeutung für die Begriffsbestimmung der Verwaltung, ob die Absicht des Verwaltenden mit der Verwirklichung des Gerechten zusammenfalle, scheint in Anbetracht der vom Grundgesetz geforderten Bindung der Exekutive an Gesetz und Recht ihre Gültigkeit eingebüßt zu haben. Es soll ja nicht mehr dem Zufall überlassen bleiben, daß die Verwaltung ihre Zwecke rechtmäßig verwirklicht.

Man ist versucht, die Rechtsbezogenheit beider Funktionen graduell abzustufen, etwa in dem Sinne, daß sich die Verwaltung in Erfüllung ihrer Anliegen zwar von der Gerechtigkeit leiten, aber nicht ausschließlich leiten lasse und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten bis an die Grenze des rechtlich Tragbaren nachgebe, wogegen die Rechtsprechung dem Zweckmäßigen keinerlei Entfaltungsmöglichkeit einräume, um sich nicht den Weg zum Gerechten zu verbauen. Allein, in diesem Gedanken scheint sich ein Widerspruch aufzutun: Einerseits nämlich verbietet wohl schon der Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG, die Bindung der Verwaltung aufzulockern, d.h. der Verwaltung zusätzlich zum Ermessensspielraum bestimmter Rechtssätze eine generelle Marge "nicht so rechtsgebundenen" Zweckdenkens zuzubilligen. Andererseits verkörpert auch der Richterspruch unbestreitbar das Zweckmäßige, ebenso wie das positive Recht im allgemeinen seinen Inhalt aus bestimmten Zwecken gewinnt²⁹⁶. RADBRUCH²⁹⁷ zieht eine Parallele zwischen den unverbrüchlichen Werten der Wahrheit und der Gerechtigkeit in ihrem Ver-

295 13.

296 Von JHERING erhob diesen Grundsatz ins Absolute: "Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts", lautete sein Motto.

297 Rechtsphilosophie, 281.

hältnis zur Zweckmäßigkeit: Das Zweckmäßige sei an sich weder - wie der Pragmatismus lehre - wahr noch gerecht; das Gerechte aber sei, gleich dem Wahren, "eminent zweckmäßig", und dies um so mehr, als es sich ohne Rücksicht auf irgend einen Zweck durchsetze.

Letzten Endes sind somit zwar beide Staatsfunktionen rechtsbezogen. Dennoch haben Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit in ihnen eine unterschiedliche *V a l e n z*. Die Rechtsidee, der der Staat in *a l l e n* seinen Funktionen anhängt, erschöpft sich nicht in dem Wert der materiellen Gerechtigkeit. Sie vereint weitere Elemente, z.B. das der Zweckmäßigkeit, in sich, so daß die These von der "graduellen" Bindung der Verwaltung und der Rechtsprechung an das Recht ihres inneren Widerspruches entkleidet werden kann. Eine Auseinandersetzung mit der Idee des Rechtes wird das verdeutlichen.

1. Rechtsidee

So unerschöpflich die Rechtsidee ist, so viele Erklärungen sind gesucht worden, sie inhaltlich auszufüllen²⁹⁸. Es wäre anmaßend, hier zu einer verbindlichen begrifflichen Klarheit kommen zu wollen: Das Rechtsempfinden des Menschen war immer vom Geist seiner Zeit abhängig und infolgedessen niemals gleichbleibend; nichts beweist diesen ständigen Wandel besser als die Einstellung vergangener Jahrzehnte und Jahrhunderte zur "gerechten" Strafe. Im übrigen genügt ein kurzer topischer Nachweis der Gesichtspunkte, die die *P r o b l e m a t i k* der Rechtsidee erschließen helfen, den Erfordernissen dieser Untersuchung.

a. Gerechtigkeit

Eine spezifische Rechtsidee ist die materielle Gerechtigkeit

²⁹⁸ Vgl. die Übersicht bei ZIPPELIUS, Rechtsphilosophie, in: Evangelisches Staatslexikon, Berlin 1966, 1666 (1668 ff.).

in ihrer Bedeutung als absoluter und objektiver Wert²⁹⁹. Diese Formulierung macht schon ersichtlich, daß dem Begriff "Gerechtigkeit" ein mehrfacher Sinn eignet: Der materiellen Gerechtigkeit steht die formale gegenüber, die - bar jeder stofflich angereicherten Einzelteile - als reine Kategorie verstanden wird und als solche "bereit ist, jeden Inhalt aufzunehmen"^{300.301}. Sie bedarf der Wertausfüllung, enthebt sich mithin gerade der Werte, die der materielle Gerechtigkeitsbegriff voraussetzt. - Auf die objektive, aus nichts abzuleitende Gerechtigkeit nimmt die subjektive Gerechtigkeit, die Rechtlichkeit als menschliche Gesinnung, Bezug, der - mit den berühmten Worten ULPIANs - standhafte und ständige W i l l e , "ius suum cuique tribuendi."³⁰² Beide, der kategorische (Ober-) Begriff der formalen Gerechtigkeit wie der Tugendbegriff der Rechtlichkeit, scheiden aus der weiteren Betrachtung aus.

299 RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 146 und 124 f. Gegen den Glauben an die Werthhaftigkeit des Rechtes wendet sich SOMLÓ, 131 ff (137): "Es ist eben bereits die formale Definition des Rechts die "erschöpfende", und es ist wieder nur einer der heimlichen Wege des Naturrechtsgedankens, wenn man meint, das Wesen des Rechts sei damit noch nicht getroffen, es müsse hinter der Form noch etwas Höheres stecken. (Das Höhere) kann uns nicht zum Wesen des Rechts führen. Das Wesen des Rechts ist eben nur eine Norm, die von einer bestimmten Macht gesetzt ist, - also seine Form."

300 Max Ernst MAYER, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin 1933, 78; Graf zu DOHNA, Kernprobleme der Rechtsphilosophie, 71; LARENZ, 72, Fn. 1.

301 Dieser G a t t u n g sbegriff darf nicht verwechselt werden mit dem Formalismus SOMLÓs und KELSENs, die den Begriff des "richtigen" Rechtes schlicht aus der Förmlichkeit des Gesetzes ableiten, damit aber doch ein praktisches Kriterium bieten, welches der Kategorie "Gerechtigkeit" (formellen) Gehalt verleiht. Zum Formalismus KANTs und STAMMLERs vgl. ZIPPELIUS, 1694 f.

302 Vgl. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 124 f. ULPIAN wiederholt, was schon PLATON in der These des SIMONIDES anklingt; vgl. PLATON, Sämtliche Werke (Übertragung von SCHLEIERMACHER), Band 3, Politeia, Leck/Schleswig (Rowohlt), 1967, 1. Buch, Kap. 6 und 7 (331 e - 332 c 2), 75.

Gerechtigkeit im materiellen und objektiven Sinne ist Gleichheit³⁰³. Seit ARISTOTELES³⁰⁴ gilt dieses Verständnis des Gerechten bis auf den heutigen Tag. Die Gleichheit aber kann - theoretisch - absolut und relativ maßstäblich werden. Als Absolutum gebietet sie, unter den vom Menschen anerkannten Gütern Äquivalenz zu wahren: Arbeit und Lohn, Schaden und Ersatz sollen sich gegenseitig aufheben. Diesem Rechtswert der iustitia commutativa dient die iustitia distributiva, die austeilende Gerechtigkeit³⁰⁵. Sie bezieht das Prinzip der Gleichheit auf die menschliche Person. Zwar sind alle Menschen vor dem Gesetze gleich³⁰⁶; gleichwohl sind die Menschen untereinander nicht gleich: Ihre Fähigkeiten und Leistungen, ihre Unfähigkeiten und Fehlleistungen drücken ihnen das Siegel persönlicher Verschiedenartigkeit auf. Deswegen kann es die absolute Gleichheit nur als abstraktes Leitbild geben; realisieren läßt sie sich nicht. Die austeilende Gerechtigkeit sieht sich genötigt, der Einzelpersönlichkeit angemessene Unterschiede zu machen³⁰⁷, den Einzelnen nach seinem Verdienst zu

303 Von JHERING, I, 354 ff; RÜMELIN, Die Gerechtigkeit, Tübingen 1920, 14 ff; Graf zu DOHNA, Kernprobleme der Rechtsphilosophie, 72 ff; RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 125; ENGISCH, 130, 167.

304 ARISTOTELES, Die Lehrschriften (Übertragung von GOHLKE), Nikomachische Ethik, 2. Aufl., Paderborn 1966 (Schöningh), Buch V, Kap. 5 ff (30 b 7 - 32 b 30), 128 ff.

305 THOMAS von AQUIN übernimmt die ARISTOTELISCHE Lehre von den zwei Arten der Gerechtigkeit, denen er die seitdem gebräuchlichen Bezeichnungen "iustitia commutativa" und "iustitia distributiva" gibt. Er sieht in beiden die ausgleichende Mitte, vgl. etwa Frage 61, Art. 2, 504.

306 Art. 3 Abs. 1 GG.

307 ARISTOTELES, Nikomachische Ethik, Buch V, Kap. 8 (33 a 26 ff), 137: "Eine Gemeinschaft besteht nicht aus zwei Ärzten, sondern aus Arzt und Bauer und überhaupt aus Verschiedenen und Ungleichen. Diese muß man jedoch ausgleichen." Im folgenden entwickelt ARISTOTELES die Mittlerfunktion des Geldes. Vgl. auch PASCAL, Pensées (1670), Paris 1962 (Librairie Générale Française), Kap. II 9, 117.

belohnen und nach seiner Schuld zu bestrafen. Die Bezugnahme auf das Individuelle verbietet jede Willkür, jedes Ausweichen auf sachverhaltensfremde Gegebenheiten oder Ziele³⁰⁸. Ungleiches soll ungleich behandelt werden.

Das Verhältnis von ausgleichender und austeilender Gerechtigkeit stellt sich demnach so dar: Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Äquivalenz zwischen den Rechtsgütern, die einander bedingen. Da aber die Menschen von Natur aus ungleich sind, kann das Prinzip der absoluten Gleichheit nur zwischen Gleichberechtigten Gestalt gewinnen. Die Gleichberechtigung wiederum setzt einen Akt der austeilenden Gerechtigkeit voraus, der den Beteiligten den Status der rechtlichen Gleichheit einräumt. Erst in diesen Akten, die jedem das Seine geben, verwirklicht sich das Prinzip des Gerechten³⁰⁹. So darf man mit RADBRUCH³¹⁰ die austeilende Gerechtigkeit als die Urform der Gerechtigkeit ansprechen³¹¹.

308 (Materielle) Gerechtigkeit ist hiernach Gleichheit, Gleichheit das Gegenteil von Willkür; vgl. BVerfG, Urt. vom 23. 10.1951, JZ 1951, 728 (730); BVerfG, Urt. vom 30.4.1952, JZ 1952, 536 (536); BVerfG, Urt. vom 17.12.1953, BVerfGE 3, 58 (135 f).

309 EMGE, Einführung in die Rechtsphilosophie, Frankfurt/Main-Wien 1955, 170. Ähnlich LARENZ, 145; BRUNNER, 32 f.

310 Rechtsphilosophie, 126.

311 ARISTOTELES' Lehre von der absoluten Gütergleichheit und der relativen, angemessenen Gleichheit wird auch so ausgelegt, als seien die ausgleichende und die austeilende Gerechtigkeit nebeneinander geordnete selbständige Prinzipien, vgl. im einzelnen LEGAZ Y LACAMBRA, Rechtsphilosophie, Neuwied am Rhein und Berlin-Spandau 1965, 329 f; COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950, 187 ff, 196 f, und ZIPPELIUS, 1696. Aus dieser Sicht ist die RADBRUCHsche Deduktion natürlich unzulässig. Problematisch bleibt auch, ob sich die ausgleichende Gerechtigkeit nicht als Prinzip auflöst, wenn man die austeilende Gerechtigkeit als Urform des Gerechten begreift. Folgerichtig verneint RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 126, Fn. 2, im Anschluß an PASCHUKANIS, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, 3. russische Aufl., Wien-Berlin 1929, 143 f, den absoluten Wert der ausgleichenden Gerechtigkeit; sie

Offensichtlich ist mit dem Ideal der austeilenden Gerechtigkeit auch nicht mehr gewonnen als ein Methodenbegriff³¹². Denn es läßt offen, was denn eigentlich einem jedem als das Seinige zukomme. Es gibt auf, empirisch Werte festzustellen, die berechtigen bzw. Rechte schmälern oder nehmen. Wer z.B. soll Zutritt zu öffentlichen Ämtern haben³¹³: Der Erfolgreiche, der Erfahrene, der Ältere, der Begüterte, der Einheimische, der Ungebundene? Oder: Welche Gesichtspunkte tragen die schuldangemessene Strafe? Die Tatschuld gewiß; den Umfang der Tatschuld aber bewertet der Richter, indem er moralische und sozialetische, ursprünglich metajuristische Grundsätze heranzieht. Wenn § 60 StGB E 1962 als außertatbestandliche Faktoren "die Beweggründe und Ziele des Täters, seine Gesinnung, seine Willensrichtung und das Maß seiner Pflichtwidrigkeit, die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat" usw. berücksichtigt sehen will, so spiegeln sich in diesen "Umständen" sittliche und sozialetische Wertungen wider wie etwa die Werthaftigkeit der Gewissensanspannung und der Unwert des

sei vielmehr "ein Zweckmäßigkeitsverfahren im Dienste höchstmöglicher gleichzeitiger Erfüllung zweier Egoismen." Insoweit nähert sich RADBRUCH der von ihm selbst bekämpften (Rechtsphilosophie, 125, Fn. 2) Vorstellung von JHERINGS, I, 287, der die Gleichheit als eine Konsequenz der Zweckmäßigkeit betrachtet: Die Gleichheit an sich sei nicht erstrebenswert. Sie sei deswegen einzurichten, weil sie die Lebensbedingungen der Gesellschaft erträglich mache. Fehle sie, so gerate nämlich das Gleichgewicht der Güterordnung derart durcheinander, daß es zu gewaltsamen Auseinandersetzungen kommen könne.

312 COSSIO, 299; Graf zu DOHNA, Kernprobleme der Rechtsphilosophie, 72 f; ZIPPELIUS, 1697.

313 Diese Frage vor allem beschäftigte PLATON und ARISTOTELES. ARISTOTELES beispielsweise benennt Würdigkeitswerte, die die Vertreter der Demokratie, der Oligarchie oder der Aristokratie preisen: Die Freiheit, der Besitz oder Geburtsadel, die Tüchtigkeit. Vgl. die Nikomachische Ethik, Band V, Kap. 6/7 (31 a 37 - 43), 131.

Eigennutzes³¹⁴. Die ARISTOTELische Formel von der relativen Gleichheit ist somit nur Ansatz nachfolgender Wertentscheidungen; Wertmaßstäbe bietet sie nicht.

Im Rahmen dieser Arbeit erübrigt es sich, nun Einzelwerte aufzuführen, die der ausstellenden Gerechtigkeit einen sachlichen Inhalt vermitteln können. Die überkommenen Grundsätze des Gerechten stehen ohnehin nicht in einer gesicherten, vorgegebenen Harmonie und werden ihrerseits stets von neuem aus der Anschauung der Zeit heraus interpretiert³¹⁵. Sie lassen sich jedoch - und das wird in Hinsicht auf die Abgrenzung der rechtsprechenden von der verwaltenden Funktion erheblich - gruppieren.

Alle Werte, zu denen sich der Mensch bekennt, dienen ihm entweder als Einzelpersönlichkeit oder als Gesamtpersönlichkeit. Ihre Nutznießer sind, mit anderen Worten, der Einzelne oder die Gesellschaft. Daraus "legitimiert" sich gerade das Recht: Aus der Aufgabe, die natürliche Selbstsucht des Individuums auf ein dem Kollektiv erträgliches Maß zurückzuführen.

314 Zu den Richtlinien der Strafzumessung vgl. MAURACH, I, 714 ff.

315 Vgl. ENGISCH, 150 ff, 187 ff; LENCKNER, Der rechtfertigende Notstand, Tübingen 1965, 167 ff, und RÜMELIN, Die Gerechtigkeit, 57. Eine Bindung des Richters an "allgemeine Grundsätze" oder an die "bewährte Lehre und Überlieferung" ist des öfteren gesetzlich ausgesprochen worden (§ 49 Einl. ALR; § 1 des schweizerischen ZGB); in solchen Fällen bleibt es dem Richter überlassen, das R a n g v e r h ä l t n i s der tradierten Grundsätze festzulegen. Die gleiche Aufgabe hat der Richter bei der Konkretisierung von Grundrechtsnormen zu lösen; vgl. Eike von HIPPEL, Die Konkretisierung von Grundrechtsnormen, NJW 1967, 539 (541). Über diesen Umweg kann der Richter den historischen Verschiebungen in den Wertvorstellungen Folge leisten. Paradebeispiele eines Wertungswandels geben die Auseinandersetzungen um die Schwangerschaftsunterbrechung aus ethischer Indikation und um den Unzuchtsbegriff. Zum Geltungsanspruch sittlicher Normen vgl. BGHSt, Beschl. vom 17.2.1954, BGHStE 6, 46 (53), und demgegenüber BVerwG, Urt. vom 23.2.1960, NJW 1960, 1407 (1409).

ren, ohne die individuelle Persönlichkeit auszuschalten³¹⁶. Gemäß den Substraten Individuum - Gesellschaft erkennen wir zwei Wertgruppen: Die Individualwerte und die Kollektivwerte³¹⁷. Die Sicherung der Individualwerte - sie werden gern mit Begriffen wie Freiheit, Vertrauen, Achtung vor der Würde der Person³¹⁸ umschrieben - findet in dem "suum cuique" der austeilenden Gerechtigkeit ihre höchste Vollendung. Den Werten der Gesellschaft³¹⁹ kommt das Recht da entgegen, wo es zweckmäßig ist.

b. Zweckmäßigkeit

"Die individualistische Gerechtigkeit", schreibt RÜMELIN³²⁰, "ist nun gewiß der Güter höchstes nicht." Ü b e r sie erhebe sich ein höherer, kollektivistischer Gerechtigkeitsbegriff, der die Zwecke der rechtssetzenden G e m e i n s c h a f t

316 Die in dem Spannungsverhältnis der Einzel- bzw. Gesellschaftsgegoismen liegende Antinomie des Rechtes erhält das Recht lebendig. Das Recht stirbt ab, sobald es einseitig den Interessen des Kollektivs oder des Individuums huldigt. Sein Bestreben gilt der Solidarität.

317 So die übliche Klassifizierung, vgl. etwa BRUNNER, 87 ff; RADBRUCH, Lieber der Gerechtigkeit und Gemeiner Nutz, in: *Elegantiae JURIS CRIMINALIS*, 2. Aufl., Basel 1950, 70 (70); Georg JELLINEK, 174 ("Individualismus" - "Universalismus"), und KLEIN, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, 407. Ähnlich auch STIER-SOMLO, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, in: Festgabe für Paul LABAND, II. Band, Tübingen 1908, 445 (498). RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 147 f, erwähnt als dritten Wert noch den "Werkwert", den gänzlich vom Menschen gelösten Sachwert der Werke der Wissenschaft und der Kunst, dem sich Persönlichkeits- und Kollektivwerte unterordnen. Hierzu zitiert RADBRUCH, a.a.O., die Worte TREITSCHKES: "Eine Statue des Phidias wiegt alles Elend der Millionen antiker Sklaven auf." Diese transpersonale Auffassung steht außerhalb unserer Rechtsordnung. Der Grundgesetzgeber ist menschlich geblieben.

318 COING, System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, 481 (485), nennt sie Ordnungselemente. Vgl. den Überblick über die von Karl MARX, Arnold BRECHT, Günther KÜCHENHOFF, Hans WELZEL zitierten Kriterien der Gerechtigkeit bei KRIELE, 26 ff.

319 Von der Familie an gibt es zahlreiche kollektive Interessenträger; die Nation (RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 151) ist vielleicht nicht einmal der hervorragendste.

320 Die Gerechtigkeit, 50.

erfasse. Insofern verschwinde der Gegensatz zwischen Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit.

RÜMELIN bringt diesen Gegensatz etwas gewaltsam zum Verschwinden, indem er die "Kollektivgerechtigkeit", d.h. die Zwecke des gemeinen Wohles der Gerechtigkeit gegenüber dem Einzelnen vorzieht³²¹. Man darf die mißliche Frage, ob denn dem Faktor der Einzelfallgerechtigkeit oder dem der Zweckmäßigkeit innerhalb der Rechtsidee der Vorrang gebührt, gestrost auf sich beruhen lassen. Sie definitiv beantworten zu wollen, wäre sogar höchst bedenklich: Beide Elemente machen, wie gesagt, die Rechtsidee aus; jede starre Prävalenz der individuellen oder der gesellschaftlichen Interessen wäre ein Schritt von der Mitte zum Extrem hin. Das Recht will hingegen die Mäßigung aller Interessen, das soziale Mittelmaß³²². Immerhin stellt sich heraus, daß auch diejenigen, die die Zweckmäßigkeit des Rechtes über den Wert der materiellen Gerechtigkeit heben³²³, b e i d e Komponenten als oberste Rechts-

321 Deswegen seien Einzelexistenzen u.U. für die Erhaltung des Ganzen zu opfern (Gerechtigkeit, 51). Andererseits versagt RÜMELIN dem sozialen Eudämonismus (vgl. unten Fn. 367) seine Zustimmung (Gerechtigkeit, 55). Dann möchte man allerdings wissen, warum das Zweckdenken in dieser Richtung plötzlich untragbar wird und wo die Zulässigkeitsgrenze des Zweckmäßigen verläuft. Sollte die "individualistische" Gerechtigkeit der "kollektivistischen" nicht doch ebenbürtig sein? Aus diesem Zwiespalt macht RÜMELIN schließlich eine "Frage des Glaubens" (Gerechtigkeit, 56).

322 THOMAS von AQUIN faßt diesen Gedanken in einem Satz zusammen. Frage 61, Art. 2, 504: "Sed in omnibus temperantiae vel fortitudinis partibus accipitur uno modo medium." Vgl. auch COSSIO, 296 ff.

323 Der Utilitarismus in allen seinen Spielarten läßt das Gerechte ganz in den Zwecken des Nützlichen aufgehen: "Gerecht ist, was dem Volke" (oder welchem Kollektiv auch immer) "nützt". Seine philosophische Wurzel hat der Utilitarismus im EPIKURÄISCHEN Eudämonismus, der die Lust als ethisches Grundprinzip erkör. Dem Recht fällt demnach die Funktion zu, das Wohlergehen sicherzustellen, insbesondere Beeinträchtigungen der Lust abzuwehren (neminem laedere). Der "soziale Eudämonismus" der neuzeitlichen Rechtsphilosophie vermeidet soziale Reibungen durch Ordnung widerstreitender Egoismen. Richtschnur ist "das größte Glück der größten Zahl". Vgl. ZIPPELIUS, 1962 ff.; PASCHUKANIS, 140 ff.

prinzipien anerkennen. Denn es widerspräche der Logik, eine Komponente auf Kosten einer anderen hinwegoperieren zu wollen, wenn man nicht beide als gegeben antizipiert. Damit wird zugleich ersichtlich, daß der Gegensatz zwischen materieller Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit unaufhebbar ist, so sehr man sich auch darum bemühen mag, beide Ideen des Rechtes miteinander zu vereinigen. Übelstenfalls kann man - mit dem Utilitarismus - das, was dem Einzelnen nach den Maßstäben des Gerechten zusteht, dem Nutzen der Gesellschaft opfern³²⁴. Das solcherart Zweckmäßige wird nicht dadurch gerecht, daß die Zukunft seinen gesellschaftlichen Nutzen bestätigt³²⁵.

Die Ordnungsmacht des Rechtes erfährt also ihre letzte menschliche Rechtfertigung aus der Vereinbarung

324 Von LISZT meinte noch eine Wesenseinheit zwischen der zweckgebundenen und der gerechten Strafe zu sehen, als er die soziale Notwendigkeit der Strafe programmierte. Das grenzenlose Präventionsstrafrecht des Staates bedeutet jedoch Utilitarismus par excellence. Eine "Strafe", die über das Schuldausmaß hinausgeht, negiert die Würde der Person und verleugnet den Wert des materiell Gerechten. Von LISZT selbst hat - den künftigen Mißbrauch seiner Strafrechtsidee vorausahnend - auf die Schranken hingewiesen, die sich die Präventionsstrafe setzen muß; vgl.: Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2. Band, Berlin 1905, 25 (60 ff); MAURACH, I, 59 f; ROXIN, 379. Zur radikalen "difesa sociale" GRAMMATICAS vgl. Hilde KAUFMANN, GRAMMATICAS System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht, in: Festschrift für Hellmuth von WEBER, Bonn 1963, 418 ff. Auch die (gemäßigtere) "défense sociale" ANCELS lehnt eine Bestrafung nach dem Ausmaß der persönlichen Schuld ab, besteht aber andererseits auf der Wahrung der menschlichen Würde und Freiheitsrechte; vgl. ANCEL, Die geistigen Grundlagen der Lehren von der "Sozialen Verteidigung" (Défense Sociale), MSchrKrim 1956/57, Sonderheft 60, 51 (53 ff). - Die gesellschaftspolitischen Grundlagen der sozialen Verteidigung des Marxismus (Absehen von der "absurden Idee" des Schuldprinzips und Anknüpfen an gesellschaftsgefährdende Symptome) erläutert PASCHUKANIS, 149 ff.

325 EXNER, Gerechtigkeit und Richteramt, Über Gerechtigkeit im Strafmaß, Leipzig 1922, 20, prägte den brisanten Satz, das Gerechte (von heute) sei das Zweckmäßige von gestern. Weiter gedacht heißt das: Das Zweckmäßige von heute ist morgen gerecht, oder: Gerecht ist, was sich als nützlich erweist. Vgl. weiter EXNER, 21, 24 ff; dazu ENGISCH, 129; Graf zu DOHNA, Kernprobleme der Rechtsphilosophie, 77.

entgegengesetzter Interessen. Weder soll sie dem Egoismus des Einzelnen freien Lauf lassen, noch sollen allein kollektive Zwecke ihre Normen heiligen³²⁶. Dieses ausgewogene Verhältnis meint auch von JHERING, wenn er den Ursprung allen Rechtes im "Zweck" erkennt: Wohl beabsichtigt das Recht, die Lebensbedingungen der Gesellschaft herzustellen und zu sichern³²⁷; z u den Lebensbedingungen gehört aber der feste Bestand der "Freiheitssphäre des Individuums"³²⁸. Die Grenze zwischen den Interessen der Gesellschaft und dem Freiheitsanspruch des Einzelnen ist allerdings schwer zu ziehen; da "stellt sich ... eine Mauer in den Weg" des wissenschaftlichen Erkennens³²⁹.

c. Rechtssicherheit

Während sich die materielle Gerechtigkeit und die Zweckmäßigkeit unvereinbar gegenüberstehen, scheint die Rechtssicherheit

326 In dem einen liegt ein anarchischer (RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 160 ff; HENKEL, Recht und Individualität, Berlin 1958, 18; COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 115), in dem anderen ein totalitärer Zug.

327 Von JHERING, I, 499, 517 ff.

328 Von JHERINGS Ansicht über den Zweck der S t r a f e fällt in einigen Formulierungen bemerkenswert aus dem Rahmen seiner sonst so geschlossenen Lehre; er begründet - sich gegen KANTS kategorischen Imperativ der Vergeltung wendend - das Gebot der S c h u l d angemessenheit der Strafe damit, daß sich die Gesellschaft die menschliche Arbeitskraft zunutzemachen könne. - Dieses Argument entstammt der Aufklärung; vgl. VOLTAIRE, Mélanges, Dijon 1961 (Gallimard), Commentaire sur le livre des délits et des peines (1766), Kap. I, 787, besonders Kap. X (De la peine de mort), 803 f. Im übrigen befürwortet VOLTAIRE - wie MONTESQUIEU, I, Buch VI, Kap. 12, 91 f, Kap. 16, 97 f - die Proportionalität von Verbrechen und Strafe; vgl. KÜPER, 69 f.

329 Von JHERING, I, 522. Hier bleibt auch COSSIO, 300, stehen. Seine "egologische" Methode führt bis zu der Einsicht, die wahre Gerechtigkeit verwirkliche sich darin, dem ungleich Gestellten die Freiheit gleichzustellen.

als dritte Idee des Rechtes eine Mittelstellung zwischen beiden einzunehmen³³⁰. Daß das Recht beständig und verlässlich sei, daß es nicht im Norden so und im Süden anders, heute in diesem und morgen in jenem Sinne ausgelegt werde³³¹, erfordern sowohl die Zwecke des gemeinen Wohles als auch das Gerechtigkeitsbedürfnis. Der Mensch als sozial verantwortliches Mitglied der Gesellschaft plant und arbeitet in die Zukunft. Aus diesem Grunde muß er wissen, an welche Ordnung er sich halten kann, wenn er selbst ordnet³³²; weiter muß er darauf vertrauen können, daß Normen und Einzelfallentscheidungen durchgesetzt werden³³³. Ebenso wichtig ist die Gerechtigkeitsfunktion des festen Rechtes: Als Einzelpersonlichkeit will der Mensch seine vergleichbaren Belange gleich behandelt wissen³³⁴. Er empfindet es als ungerecht, wenn er - um ein aktuelles Beispiel herauszugreifen - wegen Verstoßes gegen § 315 c Abs. 1 Ziffer 1a StGB eine Gefängnisstrafe verbüßen muß, obwohl einem anderen Fahrer unter den, wie der Betroffene meint, gleichen Umständen die Vollstreckung der Gefängnisstrafe zur Bewährung ausgesetzt wird.

330 RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Rechtsphilosophie, Anhang, 347 (353).

331 Berühmt sind die Worte PASCALS über die Unsicherheit des positiven Rechtes. Kap. II 9, 118: "Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; un méridien décide de la vérité; en peu d'années de possession, les lois fondamentales changent ... Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité au-deca des Pyrénées, erreur au-delà."

332 Darin wurzelt der Gesetzespositivismus: ZIPPELIUS, 1704.

333 Dementsprechend gliedert ZIPPELIUS, 1704 ff, die Rechtssicherheit in zwei Bestandteile, die Orientierungssicherheit und die Realisierungssicherheit, auf.

334 So will es auch das Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit. Da aber gleiche Sachverhalte nicht denkbar sind, ist der Mensch doch wieder auf die Einsicht der austeilenden Gerechtigkeit angewiesen, deren Individualität der Idee der Rechtssicherheit eigentlich fremd ist.

Ihre Grundlage hat die Maxime der Rechtssicherheit gerade in dem Widerstreit des materiell Gerechten mit dem Zweckmäßigen. Weil deren antinomisches Verhältnis eine offene Frage bleibt, weil die Rechtsnormen, Entscheidungen und Devisationen nicht - wie die beweisbaren Sätze der Naturwissenschaften - auf unangreifbarer Erkenntnis beruhen, müssen sich die Staatsgewalten wenigstens in vertretbarem Maße treu bleiben. So schließt die Rechtssicherheit Kompromisse unter den Grundsätzen der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit, Kompromisse, die naturgemäß erhebliche Nachteile zeitigen können: Das feste Recht wird unzweckmäßig, sobald es veraltet; es kann äußerst ungerecht sein, wenn es überhaupt keine Rücksicht mehr auf die Individualität des Einzelfalles nimmt³³⁵. Die sich hierin eröffnende Problematik - namentlich die des immerwährenden Streites zwischen dem positiven und dem "überpositiven" Recht - braucht in diesem Zusammenhang nicht weiter ausbreitet zu werden.

2. Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit im Richterspruch

Am Eingang des Versuchs, das Gefüge der Ideen des Rechtes nachzuweisen, stand die These von der "graduellen" Rechtsbindung der Rechtsprechung und der Verwaltung³³⁶. Sie läßt sich nun erhärten.

Vorweg bedarf sie einer Korrektur. Rechtsprechung und Verwaltung sind gleichermaßen an das Recht gebunden, so daß sich

335 Summum ius, summa iniuria. Vgl. zur Rechtssicherheit ENGISCH, 163; RADBRUCH, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 353; LEGAZ Y LACAMBRA, 336; HENKEL, Recht und Individualität, 16 ff; WELZEL, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Festschrift für Hans NIEDERMEYER, Göttingen 1953, 279 (290 ff); Eberhard SCHMIDT, I, Nr. 283.

336 Oben, 104.

in der Intensität der funktionalen R e c h t sbezogenheit keinerlei Unterschiede bemerkbar machen. Lediglich das Verhältnis der beiden Funktionen zu den der Rechtsidee immanenten T e n d e n z e n der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit weist Abstufungen auf.

Wir dürfen rekapitulieren³³⁷: Richterspruch und Verwaltungsakt betreffen Einzelfälle. Der Richterspruch haftet an einem vergangenen menschlichen Verhalten; der Verwaltungsakt regelt einen Sachverhalt, um im Verein mit vielen anderen die Kontinuität der Sozialordnung zu gewährleisten. Der Richter besinnt sich auf ein Bruchstück des sozialen Ganzen; der Verwaltungsbeamte gestaltet das soziale Ganze in die Zukunft hinein. Gleicht sich auch die Struktur der Funktionen in weiten Bereichen, so haben das Richten und das Verwalten doch unterschiedliche Zielsetzungen: Dort Beharren auf "passiertem" und Bestätigung erheischendem Recht, hier gestalterische Veränderung der sozialen Lebensbedingungen auf der Grundlage des Rechtes.

So treten die beiden Funktionen erfahrungsgemäß in Erscheinung. Die U r s a c h e ihrer Verschiedenartigkeit aber gründet - das sei nochmals betont - in ihrer eigenartigen Stellung zu den oberen Prinzipien des Rechtes.

Die R e c h t s s i c h e r h e i t verhält sich den Tätigkeiten des Richtens und des Verwaltens gegenüber neutral: Sie geht beide an³³⁸. Ihre Forderungen - Stetigkeit und Eindeutigkeit der positivrechtlichen Regelungen, Berechenbarkeit der Rechtsfolgen, mittelbar auch Positivierung des Rechtes -

337 Vgl. oben, 90 ff.

338 Kraft der Bestimmungen oder Regeln über die Rechts- bzw. Bestandskraft erliegen die Rechtsprechung und die Verwaltung nicht nur in dem Recht, welches sie "anwenden", sondern auch in ihren Funktionsergebnissen dem Prinzip der Rechtssicherheit.

widerstreben zugleich dem Gerechtigkeitsaxiom des Richtens wie den Ansprüchen der Zweckmäßigkeit, die das Verwalten geltend macht. Die Rechtssicherheit versagt es sich, der nicht voraussehbaren Individualität des Einzelfalles gerecht zu werden³³⁹; auf der anderen Seite befindet sie sich im steten Rückstand gegenüber der Fülle sich verjüngender Zwecke der Gesellschaft. Jede Norm, in der der Gesetzgeber mehr oder weniger einführend Interessen auszugleichen sucht, ist ungerecht, weil sie die Einzigartigkeit ihrer Sachverhalte vernachlässigt, und von Beginn an veraltet, weil sich ihre Zwecke selbständig machen³⁴⁰.

Die Zweckmäßigkeit ist die Domäne der verwaltenden Funktion. Wer innerhalb eines Ressorts eine Vielzahl von Lebensverhältnissen zu einer rechtlichen Regelung führt, um "Ordnung zu halten", kann sich einer generalisierenden Behandlung der einzelnen vergleichbaren Fälle nicht entziehen. Er muß Gleiches gleich behandeln, eine gewisse Gleichmäßigkeit walten lassen. Er darf keinen Sachverhalt aus dem Zusammenhang des größeren Ganzen reißen, ist dahin gehalten, Sachverhalte, die überwiegend ähnliche Merkmale tragen, zu nivellieren, eine Reihe von Ähnlichkeiten in die Fiktion einer Gleichheit zu nötigen³⁴¹.

339 Max Ernst MAYER, 82: "Das sich der Norm entwindende Recht ist wie ein durchgehendes Pferd und die an Normen gebundene Gerechtigkeit ein Pegasus im Joch."

340 Rechtssysteme, die das ungeschriebene Recht bevorzugen, sind in der Regel nicht minder schwerfällig. So fesselt den englischen Richter die Doktrin der Stare Decisis in Common Law und Equity an die "binding precedents", die sich womöglich noch hartnäckiger halten als geschriebene Rechtssätze. Vgl. ENGISCH, 178 ff, und das dort in Fn. 244 angegebene Schrifttum.

341 COING, Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947, 44, hält es für ausgeschlossen, einen Fall nach Maßgabe des Gebotes der austeilenden Gerechtigkeit abschließend zu individualisieren. Das Recht müsse Ungleichheiten in Kauf nehmen, wenn es nicht anderen, d.h. der Gesellschaft, krasseste Ungerechtigkeiten zufügen wolle.

Das hat zwei Gründe. Der erste Grund ist technischer Art, trifft in engeren Grenzen auch für die rechtsprechende Funktion zu und soll deshalb nur beiläufig genannt werden: Regelungsverhältnisse setzen sich aus einer Unzahl individueller sachlicher Merkmale und persönlicher Eigenschaften zusammen. Es ist schlechthin unmöglich, der Wahrheit jedes Details auf den Grund zu gehen. Dazu fehlen Mittel und Zeit. Die Erkenntnismittel des Richters, noch mehr die des Beamten, sind unvollkommen oder im schutzwürdigeren Einzelinteresse beschnitten. Der Rechtsstreit muß ein Ende haben, und der Verwaltungszweck will erreicht sein; soll eine Entscheidung oder Regelung getroffen werden, so muß das Verfahren zur Ermittlung der rechtlich relevanten Einzelheiten schon um des Rechtsfriedens oder der Regelungsbedürftigkeit willen irgendwann einen Abschluß finden. Außerdem trübt der Blick auf die kleinsten Eigentümlichkeiten eines Einzelfalles das Verständnis der Zusammenhänge. Je mehr Faktoren auszuloten und gegeneinander abzuwägen sind, desto größer wird die Gefahr, die richtigen Proportionen aus den Augen zu verlieren. Ein verzerrter Sachverhalt aber fälscht die Entscheidung oder mißgestaltet die Regelung³⁴². - Der zweite Grund liegt eben in der starken Zweckmäßigkeitstendenz der Verwaltung. Mag der Rechtsprechung die Konzentration auf die Einzigartigkeiten des Sachverhaltes billig sein; der Verwaltung ist es recht, "allgemeine" Zwecksetzungen³⁴³ auch dann, besser: gerade dann zum Zuge kommen zu lassen, wenn sie Einzelfälle regelt. "Recht" im eigentli-

342 Vgl. HENKEL, Recht und Individualität, 18 f, und dessen instruktives Beispiel, ebenda, 20 ff.

343 HENKEL, Recht und Individualität, 20, spricht von "generalisierender" und "individualisierender" Zweckmäßigkeit. Ebenso schlüsselt er die Gerechtigkeit auf. HENKEL kommt es - wie uns - darauf an, die kollektiven und individuellen Zonen des Rechtes aufzuspüren. Darum tut sein methodisch-begriffliches Abweichen von dem üblichen, hier verwandten Rechtsschema der sachlichen Übereinstimmung keinen Abbruch.

chen Wortsinn, denn sie stützt sich - in erster Linie - auf die Zweckmäßigkeitskomponente, die der Rechtsidee inhäriert. Nicht nur, daß eine übermäßige Individualisierung ihre Aktionen lähmen würde³⁴⁴; sie verlöre vielmehr ihre Legitimation, wenn sie die kollektiven Zwecke zurückdrängen und dem "suum cuique" jedes Beteiligten Raum lassen wollte. So zeigt sich denn im gesamten Verwaltungshandeln die Bestimmung, vergleichbare Einzelfälle erkennbaren größeren Zweckverbindungen anzupassen. Ob die Verwaltung Führerscheine vergibt oder einzieht, die Strafverfolgung betreibt oder Viehseuchen bekämpft: Immer stehen zweckhafte Gesichtspunkte im Vordergrund, die die Belange des materiell Gerechten kupieren. Nicht die Interessen des betroffenen Bewerbers, Fahrers, Verdächtigen, Bauern geben den entscheidenden Ausschlag, sondern die Bedürfnisse der Gesellschaft.

Die m a t e r i e l l e G e r e c h t i g k e i t schließlich ist das Hauptanliegen der Rechtsprechung. So wie die Verwaltung die individuellen Merkmale des Einzelfalles den kollektiven Zwecksetzungen anzugleichen bestrebt ist, so liegt der Rechtsprechung daran, die Besonderheiten eines Lebensverhältnisses aus dem Niveau ähnlicher Soziallagen herauszulösen und zu würdigen. Der Sachverhalt soll nicht über den Kamm des Zweckmäßigen geschoren, sondern ausnahmsweise einmal - soweit möglich - von anderen Sachverhalten differenziert werden. Es soll das, was im E i n z e l f a l l gerecht ist, zu Wort kommen.

344 Vgl. von JHERING, I, 378. Erst der teleologische Rechtsbezug verleiht der Verwaltung den "dynamischen Reiz, der ... dem (statischen) Rechtsprechen versagt bleibt." Auch der Rechtsstaat will diese Dynamik nicht - wie viele (vgl. etwa MAUNZ/DÜRIG, I, Anm. 141 zu Art. 20) pointieren - "blockieren". Er will sie - da er sich ja zu einer Rechtsidee bekennt, die das Zweckmäßige einschließt - bloß nicht die übrigen Rechtsgrundsätze ü b e r w u c h e r n lassen. Man sucht also vergeblich nach einem Gegensatz zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und dem Zweckdenken der Verwaltung.

Den Schwerpunkt des rechtsprechenden "Regelungsbereiches"³⁴⁵ bildet sonach die Betrachtung dessen, was unter den einzigartigen Umständen des Falles, der persönlichen Verhältnisse der Beteiligten, gerecht erscheint, kurz: des Billigen. Die Billigkeit - manchmal als isoliertes Element der Rechtsidee gedeutet³⁴⁶ - ist nichts weiter als ein Synonym der materiellen Gerechtigkeit³⁴⁷. Die "Generalklauseln" und verwandte gesetzliche Tatbestände geben dieser Begriffseinheit sinnfälligen Ausdruck: Das positive Recht, durchweg auf Zwecke ausgerichtet, läßt dem individualisierenden Wert des Billigen hier und da Freiheit. Deswegen treten neben den deskriptiven, d.h. wahrnehmbaren, erfahrbaren Begriffen der Rechtssprache überall ver-

- 345 HENKEL, Recht und Individualität, 19. Unseres Erachtens wäre es naheliegender, vom "Erkenntnisbereich" der Rechtsprechung zu reden. HENKEL setzt sich mit der Individualisierung des Rechts in der Hand des "Rechtsanwenders", des Richters wie des Verwaltungsbeamten, auseinander (17, 42). Seine Exemplifikation schränkt er jedoch auf den Funktionskreis der R e c h t s p r e c h u n g ein (vgl. 47-73). Das ist richtig, denn vorwiegend s i e bemüht sich um Individualwerte.
- 346 RÜMELIN plazierte in: Die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921, 11 ff, 61 ff, die Billigkeit mit der "Gemeinschaftsdienlichkeit" unter die "höhere, abschließende Instanz der Gerechtigkeit"; ersetzt man diesen Begriff der Gerechtigkeit durch den des Rechtes, so findet man sich in unserem System wieder. KRIELE, 82 ff, verwendet die Billigkeit als Oberbegriff, der das (individuell) Gerechte und das "Rechte" (Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit) vereint. Vgl. auch ENGISCH, 129, 187.
- 347 HEGEL, § 223, 191; von JHERING, I, 337 f; RÜMELIN, Die Billigkeit im Recht, 48, 56, 74; Max Ernst MAYER, 85; Graf zu DOHNA, Kernprobleme der Rechtsphilosophie, 74 ff; COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 115; EMGE, 183; RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 127; DAHM, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit, 1.

streut normative Rechtsbegriffe in Erscheinung³⁴⁸, die die Normenstrenge der beschreibenden Kasuistik durchbrechen und den Richter zur fallrelevanten "Wertausfüllung" anhalten³⁴⁹: Zuweilen befiehlt das Gesetz dem Richter unmittelbar, die Umstände des Falles zu würdigen³⁵⁰, häufig verweist es auf die

348 Auf dem Gebiete der rechtlichen Kategoriebegriffe herrscht terminologische Freiheit. ENGISCH beispielsweise unterscheidet: Bestimmte Rechtsbegriffe (eindeutig objektiv feststellbare Begriffe wie Zahlen, Maße) und unbestimmte Rechtsbegriffe (nach objektiven Maßstäben auslegungsbedürftige Begriffe wie Gefahr, Sache, Rechtswidrigkeit), letztere er wiederum mit HECK, in einen "Begriffskern" (Dunkelheit: Nacht) und einen "Begriffshof" (Dunkelheit: Dämmerung) zerlegt; deskriptive Rechtsbegriffe (Begriffe, die wirkliche oder "wirklichkeitsartige" Objekte wie Mensch, Dunkelheit beschreiben) und normative Rechtsbegriffe (wertungsbedürftige Begriffe wie niedrig, gottelästerlich), wobei letztere als Sonderklasse der unbestimmten Rechtsbegriffe gelten; unter den normativen endlich "objektiv-normative" Rechtsbegriffe (mit objektiven Maßstäben zu bewertende Begriffe wie ehewidriges Verhalten, Unzucht) und "subjektiv-normative" Rechtsbegriffe (mit subjektiven Zweckmaßstäben zu bewertende Begriffe), deren Prototyp der "echte" Ermessensbegriff sei. Die Versuche, die juristische Begriffswelt zu systematisieren, sind schwerlich zu überblicken. Hier kann man sich mit der Bemerkung begnügen, daß eine saubere Systematik kaum erstellbar ist, da die Begriffstypen übereinanderlappen und ineinanderfließen. Wir schließen uns der Einteilung an, die die "wertausfüllungsbedürftigen" von den wertfreien Normbegriffen trennt: Jene ermöglichen dem Richter, die Einzelwerte des Gerechten, dem Verwaltungsbeamten, die Zwecke einzusetzen, diese nicht.

349 SCHRÖDER, Grenzen des strafrichterlichen Ermessens, 66, bezeichnet die normativen Gesetzesbegriffe als "Rohprodukte", die durch den Richter mittels konkretisierender Ausfüllung in "Endprodukte" überführt werden. - Die Wertung erfolgt durch rationales Einordnen der Sachverhaltsfakten unter das vom Richter gefundene Recht.

350 §§ 119 Abs. 1, 151 Satz 2, 254, 328 Abs. 2, 612 Abs. 1, 829, 920 Abs. 2, 1361 Abs. 2 BGB.

Billigkeit selbst³⁵¹, oder es bedient sich dazu wertoffener Wendungen (Angemessenheit³⁵², Treu und Glauben³⁵³, gute Sitten³⁵⁴, Verkehrssitte³⁵⁵), womit auch Tatbestände des Strafrechtes bedacht sind³⁵⁶. Vermöge dieser Klauseln betritt der Richter das freie Feld des Rechtes, welches der Gesetzgeber nicht kasuistisch parzellieren wollte. Also muß der Richter die Parzellierung vornehmen, aber nicht willkürlich nach eigenem Gutdünken, sondern aus der unvermittelten Anschauung des Merkmalkomplexes heraus, der sich ihm in Gestalt des Sachverhaltes darbietet. Er trifft eine individuelle Wertentscheidung, individuell deswegen, weil er sich im Auftrag des Gesetzgebers der gesetzlich nicht geregelten Einmaligkeit des Falles zuwendet, keineswegs etwa, weil sein subjektives Wert-

- 351 §§ 660 Abs. 1, 745 Abs. 2, 829, 847, 920 Abs. 2, 971 Abs. 1 Satz 3, 1246 Abs. 1, 1300 Abs. 1, 1361 Abs. 1 und Abs. 2, 2048 Satz 2 und Satz 3, 2156 Satz 1 BGB. Die richterliche Leistungsbestimmung nach "billigem Ermessen" gem. den §§ 315 Abs. 3 Satz 2, 319 Abs. 1 Satz 2 BGB hat hier insofern außer Betracht zu bleiben, als der Richter in *E r g ä n z u n g* des Partei- oder Drittwillens vertragliches Recht schafft. Da der Richter zwischen mehreren Leistungsmodalitäten wählen kann, handelt es sich in Wirklichkeit nicht so sehr um eine Billigkeits-, sondern eher um eine Ermessensentscheidung, für die Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte maßgeblich werden. Die zweckmäßige Entscheidung aber ist nicht unbedingt gerecht. Vgl. NEUMANN-DUESBERG, Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB, JZ 1952, 705 (707 ff); GRÖPL, 94; BGHZ, Urt. vom 21.10.1964, NJW 1965, 180 (180). Wenn BGHZ, Urt. vom 29.11.1965, NJW 1966, 539 (540), bemängelt, daß *n u r* Zweckmäßigkeitserwägungen die Leistungsbestimmung tragen hätten, so soll damit die *ü b e r*mäßige Betonung des Zweckmäßigen gerügt werden. Das heißt nicht, daß die Leistung nach den Grundsätzen des materiell Gerechten ausgewogen werden muß.
- 352 §§ 250 Satz 1, 264 Abs. 2 Satz 1, 283 Abs. 1 Satz 1, 326 Abs. 1 Satz 1, 496 Satz 1, 516 Abs. 2 Satz 1, 542 Abs. 1 Satz 2, 843 Satz 1, 910 Abs. 1 Satz 2, 1003 Abs. 1 Satz 1 BGB.
- 353 §§ 157, 162 Abs. 1 und Abs. 2, 242 BGB.
- 354 §§ 138 Abs. 1, 814, 817 Satz 1, 819 Abs. 2, 826 BGB.
- 355 §§ 151 Satz 1, 157, 242 BGB.
- 356 "Grober Eigennutz" (§ 170 a Abs. 1 StGB), "niedrige Beweggründe" (§ 211 Abs. 2 StGB); "Gewissenlosigkeit" (§ 170 d StGB); "Verwerflichkeit" (§ 253 Abs. 2 StGB).

empfinden durchschlägt³⁵⁷. Es sind die Eigentümlichkeiten des Sachverhaltes, die den Richter zur persönlichen, in d i e s e m Sinne subjektiven Stellungnahme verpflichten, nicht seine eigenen Wertvorstellungen. Denn was im Einzelfalle billig ist, kann - der Idee nach - objektiv eindeutig festgestellt werden³⁵⁸. Der Wertungsakt der Rechtskonkretisierung soll sich nach den vorherrschenden Wertmaßstäben vollziehen³⁵⁹. Demnach ist nur e i n e Entscheidung "richtig"; Alternativen, echte Wahlmöglichkeiten unter mehreren Zwecken oder Mitteln bestehen nicht. Die unbestimmten und normativen

357 HENKEL, Recht und Individualität, 29, Fn. 34. Daß der Richter in praxi nicht selten anders verfährt, kann nicht abgestritten werden.

358 Fritz SCHWARZ, Bericht über die Tagung deutscher Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich vom 17. bis 19. Oktober 1952, von: WESTERMANN, Die richterliche Ermessensentscheidung als Erscheinung des materiellen Rechts, AcP 152 (1952/53), 445 (445 f); GRÖPL, 92; zw. FORSTHOFF, 81 ff (83): Die normativen Begriffe des Justizrechtes seien im Gegensatz zu denen des Verwaltungsrechtes weithin empirisch konkretisierbar, da sie auf die communis opinio als empirische Größe oder auf ebenfalls faßbare Präjudizien zurückgeführt werden könnten. Gelegentlich aber ließen sich subjektive Wertentscheidungen nicht vermeiden. Ganz ablehnend Karl PETERS, Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei Bestimmung der Strafrechtsfolgen, Berlin 1932, 22 f; RUMPF, 167 f; KRUSE, 15.

359 "Subjektiv"-normative Rechtsbegriffe in der Bedeutung, die ENGISCH, 127, diesen beilegt, kann die spezifische Funktion des Richters nicht in Anspruch nehmen: Eine höchstpersönliche Wertung ist dem Richter ja verwehrt. Seine Entscheidung soll objektiv gültig sein und darum auf den tatsächlichen sittlichen Anschauungen aufbauen. Vgl. weiter ENGISCH, 116, 125 ff; STIER-SOMLO, 470 f; COING, Die obersten Grundsätze des Rechts, 142; WESTERMANN, 12, 32; LENCKNER, 168 ff, 170 ff, 176 ff; KÜPER, 9 ff, 13 ff. Zu den Theorien der objektiven Auslegung vgl. insbesondere HECK, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1 (250 - 301); LARENZ, 233 ff; BACHOF, Verfassungsrecht, II, A 7 ff, 21; COSSIO, 306 ff und Fn. 6.

Gesetzesbegriffe des Justizrechtes, in denen manche³⁶⁰ den Sitz eines richterlichen Tatbestandsermessens³⁶¹ sehen, enthalten keine gewollten Mehrdeutigkeiten, sondern eröffnen bewußt jedem einzelnen Sachverhalt die ihm entsprechende Erkenntnis. Der Richter, der das materiell gerechte Urteil sucht, hat - selbst bei Bestimmung der Rechtsfolgen - weder einen "Beurteilungsspielraum" derart, daß er aus mehreren gleichwertigen Resultaten eines auswählen kann³⁶², noch Ermessen³⁶³. Er

360 Z.B. DROST, Das Ermessen des Strafrichters, 13 ff; BRUNS, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Berlin 1938, 324 ff (325, 332); SCHRÖDER, Gesetz und Richter im Strafrecht, Kiel 1953, 15. Dazu kritisch WARDA, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1962, 24 ff.

361 Der Ermessensbegriff zählt zu den umstrittensten Begriffen der Rechtstheorie. Gleich aber, ob das "freie" Ermessen als Tatbestands- oder Rechtsfolgeermessen, Beurteilungs- oder Handlungs- (Verhaltens-) Ermessen qualifiziert werden kann: In allen seinen Erscheinungsformen enthält das Ermessen "die Wahl zwischen mehreren, in gleicher Weise möglichen" und rechtmäßigen (!) "Arten des Sichverhaltens", FORSTHOFF, 80; ähnlich Hans J. WOLFF, 151 ff; von LAUN, Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910, 62 f; Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht, 30, 32; Eberhard SCHMIDT, Die Bestechungstatbestände in der höchststrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959, München und Berlin 1960, 51; Karl PETERS, Stellung des Strafrichters, 22 ff.

362 Der "Beurteilungsspielraum" unbestimmter und normativer Rechtsbegriffe würde dem Ermessen zur Seite rücken, wenn und soweit er verschiedene, aber gleichwertige Ausfüllungen gestattete (so BACHOF, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97 (98 ff); KRUSE, 15/16 m.w.N.); so gesehen ist es folgerichtig, ihn gleich "Ermessen" zu nennen. Zu Recht wehrt sich FORSTHOFF, 85, Fn. 2, gegen den Zwitterbegriff des Beurteilungsspielraumes: Es kann eben nur Ermessen oder (zweckfreie) Bindung an das billige Recht geben.

363 Geteilter Meinung ist man nach wie vor darüber, ob auch der rechtsprechenden Funktion - etwa bei der Strafzumessung - Ermessen eingeräumt ist oder nicht. Zustimmend SCHELCHER, 41/42, und DROST, Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform, NJW 1955, 1255 (1255); Karl PETERS, Stellung des Strafrichters, 23 ff, 33 ff; Grenzen des strafrichterlichen Ermessens, 21 f;

ist einzig der gerechten, nicht der zweckmäßigen oder rechtspolitisch wünschenswerten Lösung des Rechtsstreites verhaftet³⁶⁴. Sein Unvermögen, die eine gerechte Entscheidung zu finden, entbindet ihn nicht der Pflicht, sie zu suchen; im Gegenteil hält das Gesetz ihn an, dem Einzelfall das angemessene Recht zuzubilligen. Dafür stellt es ihm einen Spielraum der Beurteilung zur Verfügung. Innerhalb dieses Spielraumes ist jede Entscheidung mehr oder weniger gerecht, nicht - wie es des öfteren gewünscht wird³⁶⁵ -

SARSTEDT, Die Revision in Strafsachen, 4. Aufl., Essen 1962, 174/175 (unvereinbar mit SARSTEDTs Bekenntnis zu der einen, der Idee nach gerechten Strafe, vgl. SARSTEDT, Grenzen des strafrichterlichen Ermessens, D 32); SCHÖNKE/SCHRÖDER, Vorbem. 85 vor § 13; WARDA, 82, und Friedrich MATTERN, Die "Wahrunterstellung" im Strafprozeß, Diss., Bruchsaal 1933, 9 (auf die Strafzumessung einschränkend); DROST, BRUNS und SCHRÖDER, a.a.O., oben, Fn. 404; wohl auch ENGISCH, 127; FORSTHOFF, 82 ff; widersprüchlich ROTHE, Richterliches Ermessen und Gestaltungswirkung, AcP 151 (1950/51), 37 ff; GRÖPL, 89 ff, 95; verneinend von LAUN, 55/56, 59; Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht, 31; BETTERMANN, Verwaltungsakt und Richterspruch, 367 f; Die freiwillige Gerichtsbarkeit, 28; BAUMANN, Grenzen der individuellen Gerechtigkeit im Strafrecht, in: Summum ius, summa iniuria, Tübingen 1963, 114 ff (121, 126/127, 132); BRÜGGE-MANN, 56; HABSCHEID, Steuerstraßverfahren und Grundgesetz, 5/6; ARNDT, Rechtsprechende Gewalt, 16/17; WARDA, 24 ff (hinsichtlich der normativen Tatbestandsmerkmale); KRUSE, 20 ff (für das "rechtlich irrelevante" Handlungsermessen, bei dem "reine" Opportunitätserwägungen bestimmend seien).

364 BVerfG, Urt. vom 23.1.1957, BVerfGE 6, 84 (94); BVerfG, Beschl. vom 9.5.1961, BVerfGE 12, 326 (337); BGH, Gutachten vom 6.9.1953, JZ 1954, 152 (155); OLG Freiburg, Urt. vom 21.6.1951, NJW 1952, 886 (887); Eberhard SCHMIDT, I, Nr. 510.

365 So u.a. von den Anhängern der Theorie, der Richter habe bei der Strafzumessung einen Spielraum, innerhalb dessen die Strafe schon schuldangemessen oder noch schuldangemessen sei; vgl. BGHSt, Urt. vom 10.11.1954, BGHSt 7, 28 (32); BGHSt, Urt. vom 7.1.1955, BGHSt 7, 86 (89); BGHSt, Urt. vom 4.8.1965, BGHSt 20, 264 (266 f); Robert von HIPPEL, Deutsches Strafrecht, I. Band, 1925, 523; DREHER, Strafzwecke und Revisibilität der Strafzumessung, SprG 1948, 307 (309); SPENDEL, Zur Lehre vom Strafmaß, Frankfurt am Main 1954, 176 ff; MAURACH, AT, 712. Vgl. dazu wieder DRE-

g l e i c h gerecht. Ist die Gerechtigkeit auch unerfüllbar, so bleibt doch ihr immerwährender, unbequemer Appell an die richterliche Einsicht. Es hieße der Ungerechtigkeit Vorschub leisten, wollte man dem Richter eine Spanne der Beurteilung oder des Ermessens zugestehen, die ihm die freie Wahl des "Gerechten" überließe: Abgesehen davon, daß er beim Abstecken der Grenzen dieser Spanne vom Regen in die Traufe käme³⁶⁶, duldet die Gerechtigkeit kein Entweder - Oder.

3. Rechtsbewährung. Rechtsschöpfung

Das billige Recht also ist es, was die Rechtsprechung anstrebt. In ihren Akten, die Ungleiches entsprechend dem Ungleichartigen behandeln, sucht sich die austeilende Gerechtigkeit durchzusetzen, um das absolute, dem menschlichen Zugriff entzogene Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit als Prinzip - wenn auch nur in unvollkommenen Bruchstücken - zu bestätigen. Mehr als ein Surrogat der Gleichheit kann die austeilende Gerechtigkeit nicht erbringen. Denn sie setzt immer von neuem dort an, wo das Leitbild der absoluten Gleichheit verletzt erscheint; ließe sich das Prinzip v e r w i r k l i c h e n , so bedürfte es keines Versuches einer Bestätigung; Rechtskollisionen wären ausgeschlossen, weil es keine

HER, Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes, JZ 1967, 41 ff; DREHER, a.a.O., 44 f, lehnt nun die Spielraumtheorie ab, und zwar mit der Begründung, es käme nur eine einzige bestimmte Strafe in Frage, nämlich die vom Richter gestaltete. Der Ausgangspunkt der Spielraumtheorie sei insofern richtig, als eine o b j e k t i v fest bestimmte Strafe nicht existiere; der Gerechtigkeit sei die Unbestimmbarkeit immanent. Vergleichbare Gedanken entwickelt LARENZ, 230 f. Da doch das subjektiv für gerecht Erachtete per se gerecht sein soll, ist die Bezugnahme DREHERS und LARENZ' auf die Gerechtigkeit als "Richtschnur" und "Wert" wohl überflüssig.

³⁶⁶ DREHER, Zur Spielraumtheorie, 45; SARSTEDT, Grenzen des strafrichterlichen Ermessens, D 32.

einander entgegengesetzten Interessen mehr gäbe. Mehr noch: Die v e r w i r k l i c h t e Gerechtigkeit würde das Recht selbst gegenstandslos und somit entbehrlich machen. Das Recht leitet seine Berechtigung aus dem Dasein der Ungleichheit ab. Es will der Ungleichheit Herr werden und muß doch in Versuchen steckenbleiben.

Dem Richter obliegt es, die Versuche weiter voranzutreiben. Er soll, wie es oft heißt, das R e c h t , genauer: die G e r e c h t i g k e i t i m R e c h t bewähren und aus- teilen³⁶⁷. Er ist nicht allein das Sprachrohr des Gesetzes, "la bouche qui prononce les paroles de la loi"³⁶⁸, sondern Gestalter dessen, was das Gesetz an Gerechtem enthält. Und da die Zwecke des Gesetzes veralten, darf er sich nicht immer mit der bloßen exegetischen Interpretation des Gesetzes zufriedengeben³⁶⁹; er hat das Gesetz, wenn nötig, verjüngt zu reproduzieren³⁷⁰, wobei er sich an die Maßstäbe hält, die seine Zeit dem Ideal der Gerechtigkeit entnehmen zu können vermeint. In diesem Sinne ist er Rechtsschöpfer³⁷¹.

367 Vgl. etwa MENDER, System, 47, 48; SCHNEIDER, 12 f; DER- NEDDE, 102; ARNDT, Die Aufgabe des Juristen, 14 f.

368 MONTESQUIEU, I, Buch XI, Kap. 6, 171. MONTESQUIEU verlangte die unbedingte Unterworfenheit des Richters unter den Wortlaut des Gesetzes ("texte précis de la loi"), weil er ein gerechtes u n d präzises Gesetz voraussetzte, vgl. KÜPER, 44 ff; Eb. SCHMIDT, Esprit des lois, 196. MONTESQUIEU hatte die Vorstellung, der G e s e t z g e b e r könne Einzelfälle durch Gesetz gerecht regeln: "Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie" (I, Buch VI, Kap. 3, 82). Ein weiterer Beweis dafür, daß er einen eigenen Funktionsbereich des Richtens nicht anerkannte.

369 COSSIO, 307, Fn. 6. Zu den Lehren der juristischen Hermeneutik vgl. ENGISCH, 77 ff.

370 BÄHR, 52.

371 Das schöpferische Element des Richtens betonen: BACHOF, Grundgesetz und Richtermacht, 8; WIEACKER, Gesetz und Richterkunst, Karlsruhe 1958, 7; Karl PETERS, Stellung des Strafrichters, 237; EICHENBERGER, 5; KÜPER, 14, 17; ARNDT,

Die schwerwiegende Frage, ob es dem Richter gestattet sei, überpositives Recht unter Mißachtung positiven Rechtes zu konkretisieren oder aus der "Natur der Sache" heraus zu konzipieren³⁷², taucht auch unter dem Stichwort "Rechtsschöpfung"

Gesetzesrecht, 1279 ff; MALLMANN, ... la bouche qui prononce les paroles de la loi? Glosse, JZ 1951, 245 (245 f); BRÜGGEMANN, 54; Günther und Erich KÜCHENHOFF, 126; Eberhard SCHMIDT, Richtertum, Justiz und Staat, JZ 1953, 321 (323); Probleme der richterlichen Verantwortung, DRiZ 1963, 376 (381); Probleme des staatlichen Strafans, 404; MARCIC, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 249 ff; Um eine Grundlegung des Rechts, in: Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965, 509 (535); Ernst von HIPPEL, Die rechtsprechende Gewalt und das Richtergesetz, JZ 1956, 1 (1); TROLLER, 122; Arthur KAUFMANN, 507.

- 372 Arthur KAUFMANN, 477 ff, hält schon die Fragestellung für verfehlt. Naturrecht und positives Recht stünden sich nicht als Ausschließlichkeiten gegenüber, sondern bildeten Pole eines realen Rechtes; die Realität setze sich auch im Recht aus Essenz, der Wesenheit, und Existenz, dem Dasein, zusammen, wobei die Essenz der Existenz als erreichbares Ziel vorgegeben sei (umgekehrt SARTRE, L'être et le néant; Essai d'ontologie phénoménologique, Paris 1964 (Gallimard), 515: "... l'existence précède et conditionne l'essence"). Demnach müßten die monistischen Rechtsauffassungen endlich einer polar strukturierten Rechtsauffassung weichen. KAUFMANN glaubt, mit seiner "ontologisch" begründeten Theorie vom Recht den Gegensatz zwischen Naturrechtsdenken und Rechtspositivismus überbrückt zu haben, obwohl er schließlich die "polare Rechtseinheit" seiner Konstruktion dadurch zunichtemacht, daß er ihr das "Naturgesetz", die "allgemeinen - der Idee nach überzeitlichen und absoluten - Normen" (505) entgegensetzt. Damit kehrt KAUFMANN zu der von ihm kritisierten Fragestellung zurück. Was aber nützt es dem Richter, wenn er weiß, daß eine Pervertierung des Rechtes auf die "ontologische Differenz" des auf Unendlichkeit und Unbegrenztheit angelegten "Rechtswesens" und der endlichen und kontingenten "Rechtsexistenz" zurückzuführen ist, daß der Mensch das Risiko trägt, die Existenz des Rechtes nicht mit dem Wesen des Rechtes in Entsprechung zu bringen, daß es dem Menschen mißlingen kann, das positive Recht aus dem "Naturgesetz" abzuleiten? Was fängt der Richter mit dem selbstsicheren Satz an, er sei "unter allen Umständen an das (gültige) Gesetz gebunden" (507), da es doch gerade darauf ankommt, ob das Gesetz Gültigkeit beanspruchen kann oder nicht? - Zum gegenwärtigen Stand der Auseinandersetzung zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtslehre vgl. beispielsweise KELSEN, Reine Rechtsleh-

nur am Rande auf. Gleichwie die Antwort ausfiele: Auf den Funktionsbestand des Rechtsprechens nähme sie keinen unmittelbaren Einfluß. Denn selbst als gläubiger Gesetzespositivist ist der Richter Gestalter des Rechtes, sei es, daß er normative Rechtsbegriffe, "Generalklauseln" auswertet, sei es, daß er "Lücken" im Gesetz mittels Analogie- oder Umkehrschlüssen oder durch Rückgriff auf höherrangiges Recht "ergänzt"⁷³. Jedes Werturteil, jede Gesetzesergänzung schon bedeutet Teilhabe an der Gestaltung der Rechtsordnung.

Die ausgleichende Gerechtigkeit setzt jeweils zwei Rechts- bzw. Pflichtenträger voraus, zwischen denen der Ausgleich zustandekommen soll. Sie ist nur als ein Verhältnis der rechtlichen Nebenordnung denkbar. Die austeilende Gerechtigkeit indes bedingt mehr: Eine umstrittene Ungleichheit im Recht und eine neutrale Instanz, die für das auszugleichende, streitige Rechtsverhältnis angemessenes Recht schöpft und gibt, die über den Trägern des streitigen Rechtsverhältnisses steht, um aus-

re, 62 ff; Zum Begriff der Norm, 51 ff; COSSIO, 266, 283 ff; RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Leipzig 1932, 14 ff, 83 ff; ANSCHÜTZ, Die Verfassung des deutschen Reichs, 476 f; GRÜNHUT, Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung, MSchrKrimPsych, Beiheft 3, Rechtsstaatsidee und Erziehungsstrafe, Heidelberg 1930, 1 (3); BOCKELMANN, Richter und Gesetz, in: Rechtsprobleme in Staat und Kriche, Festschrift für Rudolf SMEND, Göttingen 1952, 23 (31 ff); BARATTA, Natur der Sache und Naturrecht, in: Die ontologische Begründung des Rechts, Darmstadt 1965, 104 (113 ff); WELZEL, Naturrecht und Rechtspositivismus, 279 ff; BELING, Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück, in: Festgabe für Philipp HECK, Max RÜMELIN, Arthur Benno SCHMIDT, Tübingen 1931, 14; RADBRUCH, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, und: Gesetzliches Unrecht, in: Rechtsphilosophie (6. Aufl.), 335 ff, 347 ff; Eberhard SCHMIDT, Richtertum, Justiz und Staat, 323; Probleme der richterlichen Verantwortung, 381; MARCIC, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 193 ff, 248 ff; Ernst von HIPPEL, Mechanisches und moralisches Rechtsdenken, 50 ff; Gewaltenteilung im modernen Staat, Koblenz o.J., 43 ff; WEINKAUFF, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1960, 1689 ff.

73 Vgl. ENGISCH, 134 ff; HECK, 157 ff, 224 ff.

zuteilen. Die austeilende Gerechtigkeit weist mithin eine Dreiheit auf, wobei sich das Dritte, welches richtet, den Streitbefangenen überordnet³⁷⁴. Aus der Idee der Gerechtigkeit folgen also auch die Kriterien, die der rechtsprechenden Funktion Anlaß und Eigenart geben: Der Rechtsstreit und die Einschaltung eines Neutralen (Dritten), der das umstrittene Verhalten mißt. Damit schließt sich der Kreis: Die Funktion des Rechtsprechens erfährt ihr Wesen allein aus der Idee des Gerechten.

Im Ergebnis befriedigt es wenig, die Eigenart einer Staatsfunktion letztlich aus einer metajuristischen Vorstellung, der Gerechtigkeit, leben zu lassen. Man möchte sich wünschen, bei der Auslegung eines so bedeutsamen Begriffes wie des der Rechtsprechung nicht auf eine Idee angewiesen zu sein, die praktisch unzugänglich ist. Lehnt man aber - im Verein etwa mit der marxistischen Rechtslehre - die Gerechtigkeit im Sinne einer absoluten und überzeitlichen Idee als Vorwand oder Irrtum ab, fällt die Funktion in sich zusammen; übrig bleibt dann das formale, organisatorische, modale Gerüst, welches als Selbstzweck sinnlos ist. Wofür z.B. bedürfte es eines unabhängigen Richters, wenn es keinen Wert gäbe, der eine derartige Institution rechtfertigt? Aus dieser Sicht ist es nur konsequent, die richterliche Staatsunabhängigkeit und die Selbständigkeit der dritten Gewalt aufzugeben, den Richter auf Zeit wählen zu lassen, seine vorzeitige Abberufung zu gestatten, ihn der Kontrolle bestimmter Verwaltungs- und gesetzgebender Organe zu unterwerfen und den Weisungen der höheren Instanz zu verpflichten.

Das Grundgesetz nimmt uns jedoch diese Überlegungen ab, indem es auf einem materiellen Rechtsprechungsbegriff besteht und eine Reihe von idealen Grundwerten voraussetzt, unter denen die Gerechtigkeit in Gestalt der Gleichheit (Art. 3) hervorragt.

374 RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 126; EMGE, 172; KRIELE, 73.

Es läßt sich darüber streiten, ob es sinnvoll ist, einen komplexen Begriff wie den der Rechtsprechung in eine knappe Definition zu zwingen. Jeder einzelne Definitionsbegriff setzt seinerseits weitere Definitionen voraus, soll er nicht inhaltsleer, unverständlich oder mehrdeutig sein. Auf der anderen Seite hat die Jurisprudenz, die wie andere Geisteswissenschaften auf Begriffe angewiesen ist, ein ständiges Interesse an festen Terminologien.

Deswegen sei die Untersuchung mit folgendem **D e f i n i - t i o n s v o r s c h l a g** abgeschlossen: Rechtsprechung im materiellen Sinn ist die zur Streitentscheidung führende Erkenntnis des individuell Gerechten durch einen Neutralen (Dritten), der - offen oder virtuell umstrittenes - rechtsverletzendes oder rechtsbedrohendes menschliches Verhalten am gerechten Recht mißt.

7. Abschnitt

Strafrichterliche Funktionen

Die Untersuchung hat sich um den Nachweis eigenständiger materieller Merkmale des Rechtsprechens bemüht. Abschließend bleibt festzustellen, inwieweit diese Merkmale praktisch verwertbar sind.

Die Proben auf das Exempel sollen die Funktionen sein, welche das Gesetz im zeitlichen Bereich der dem Schuldspruch folgenden Phase des Strafverfahrens, der sogenannten Vollstreckung, dem Strafrichter zuordnet. Gerade hier ist der Aufgabenkreis des Richters im Verlauf der letzten Jahrzehnte erheblich angewachsen, eine Tatsache, die - für sich gesehen - nicht sonderlich bemerkenswert erscheint. Dahinter verbirgt sich jedoch etwas durchaus Beunruhigendes: Es sieht ganz danach aus, als ginge diese Entwicklung zu einem beträchtlichen Teil auf Kosten des Grundsatzes der Gewalten- bzw. Funktionenteilung vor sich.

Schon ein flüchtiger Blick auf die §§ 449 ff StPO, 42 a ff, 23 ff StGB verdeutlicht, welche eine Fülle urteilsausführender, urteilsändernder und urteilsergänzender Entscheidungen und Maßnahmen nach Rechtskraft des Urteils auf das Gericht zukommen kann.

Neben die Vollstreckungszuständigkeit des Amtsrichters gem. § 451 Abs. 3 StPO - die u.a. auch die Maßnahmen erfaßt, die bei der Einziehung, Verfallerklärung, Unbrauchbarmachung oder Vernichtung von Gegenständen anfallen³⁷⁵ -, und neben die "bei der Strafvollstreckung notwendig werdenden gerichtlichen Entscheidungen" (§ 462 StPO i.V.m. den §§ 458 bis 461 StPO)³⁷⁶ trat seit 1933 mit Einführung des Maßregelrechtes die richterli-

³⁷⁵ Vgl. die §§ 463 StPO, 61 ff StVollstrO.

³⁷⁶ In diesem Zusammenhang ist auch die Zuständigkeit des Strafsenates des OLG gem. § 25 EGGVG zur Entscheidung über den Antrag nach § 23 EGGVG zu erwähnen, wenn auch mit dem Senat nicht das Gericht tätig wird, welches in der Strafsache erkannt hat.

che Zuständigkeit nach § 463 a Abs. 1 StPO und - bedeutend wichtiger - hinsichtlich der nachträglich, d.h. im Stadium der Vollstreckung zu treffenden Entscheidungen (§ 463 a Abs. 3 StPO i.V.m. den §§ 42 f bis 42 h, 42 l Abs. 4 und 42 n Abs. 7 StGB). Der Trend, den Richter an Aufgaben teilhaben zu lassen, die dem Strafurteil nachfolgen, erreichte 1953 im dritten Strafrechtsänderungsgesetz seinen (vorläufigen) Höhepunkt: Die durch § 453 StPO i.V.m. den §§ 24, 24 a, 25 StGB und durch die §§ 453 a, 453 b, 454 StPO begründete gerichtliche Zuständigkeit, die im Zusammenhang mit einer zur Bewährung ausgesetzten Strafe oder einer bedingten Entlassung erforderlichen Entscheidungen und Maßnahmen zu treffen, dehnte den richterlichen³⁷⁷ Tätigkeitsbereich noch weiter aus. Zählt man die vielfältigen Aufgaben hinzu, die dem Richter in seiner Eigenschaft als Vollstreckungs- und Vollzugsleiter nach Maßgabe des JGG vom 4.8. 1953 obliegen, so gewinnt man einen Eindruck davon, was alles dem Richter an Arbeit bleibt, nachdem er - so sollte man meinen - s e i n e Arbeit, das Rechtsprechen, getan hat.

Natürlich kennzeichnet der Begriff "S t r a f v o l l s t r e c k u n g", der den ersten Abschnitt des siebenten Buches der StPO einleitet, den Komplex richterlicher Aufgaben im Stadium der Vollstreckung unvollständig³⁷⁸. Die Überwachung von Auflagen und die Erteilung von Weisungen gem. den §§ 24, 24 a und 26 StGB beispielsweise ist ja nur möglich, wenn und weil die Vollstreckung der Strafe vermieden wird. Gerade der Verbleib dieses Begriffes im Gesetz und im Sprachgebrauch beweist aber, wieweit die Entwicklung den herkömmlichen Vorstellungen über die Tätigkeit des Strafrichters im zeitlichen Bereich der Vollstreckung

377 Das erkennende Gericht kann die nachträglichen Entscheidungen bei der Strafaussetzung zur Bewährung auf ein anderes Gericht übertragen; vgl. die §§ 453 Abs. 2, 453 a und 453 b StPO. Ein weiterer Fall also, in dem nicht das erkennende Gericht tätig wird. Im Rahmen dieser Untersuchung kommt es aber nicht darauf an, was das erkennende Gericht, vielmehr was der R i c h t e r in der Phase der Vollstreckung tut.

378 SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 1 vor § 449; MÜLLER/SAX (KMR), I, Vorb. 1 c vor § 449.

davongelaufen ist. Die eigentliche Strafvollstreckung macht nur noch den geringeren Teil dieser Tätigkeit aus³⁷⁹.

In Anbetracht der Tendenz zum "Sicherungs- und Erziehungsrichter" hin drängt sich die Frage auf, ob der Strafrichter nicht mehr und mehr in ein Aufgabenfeld gerät, welches mit seiner eigentlichen Aufgabe, dem Richten, wenig oder nichts mehr gemein hat. Schließlich mehren sich die Stimmen, die sich für die Einrichtung eines "Vollstreckungsgerichtes" aussprechen³⁸⁰, ein Terminus, der "dem konsequenten Verfechter der Gewaltenteilung wie eine *contradictio in adiecto* erscheinen" wird³⁸¹.

379 In Frankreich vollzieht sich diese Funktionsverlagerung in mindestens gleichem Ausmaß. Deswegen nennt CHARLES, 94, den französischen "Vollstreckungsrichter" ironisch "juge de l' i n exécution des peines".

380 Vgl. LACKNER, DÜNNEBIER, SIEVERTS, JESCHECK u.a.m. in der 119. Sitzung der Großen Strafrechtskommission vom 13.3. 1959, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 12. Band, Bonn 1959, 195-204; LAUDIEN, Der richterliche Vollstreckungsleiter im deutschen Strafprozeß, Diss., Münster 1963, 269 ff; EHRHARDT, über Behandlungsmöglichkeiten für Delinquenten nach dem deutschen Strafgesetzentwurf 1962, ZStrW 76 (1964), 216 (224). StGB E 1962 und StGB AE sehen ein Vollstreckungsgericht vor. In Frankreich überwacht der "juge de l'application des peines" den Strafvollzug, vgl. AMOR, Le système pénitentiaire de la France, in: HEGUENEY/DONNEDIEU de VABRES/AN-CEL, Les grands systèmes pénitentiaires actuels, Band I, Paris 1950, 155 (171 ff). Er bestimmt die maßgeblichen Vollzugsmodalitäten, genehmigt den Außenvollzug, den halb-freien Vollzug und die Beurlaubungen, macht Vorschläge zur bedingten Entlassung, läßt die einzelnen Phasen des "progressiven Vollzuges" zu (Art. 722 Abs. 2 CPP) und besucht die Vollzugsanstalten (Art. 727 Abs. 1 CPP). Einen vorzüglichen Überblick über die Strafvollzugssysteme und die Beteiligung des ausländischen Strafrichters am Vollzug (vor allem in den USA, in Italien, Frankreich und Belgien) gibt TIEDEMANN, Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht, Diss., Münster 1962, 179 ff.

381 KÜHLER, Gewaltenteilung und Richtergesetz, DRiZ 1958, 241 (243). KÜHLER, a.a.O., schlägt aus seiner Sicht als Vollzugspraktiker heraus vor, "die inneren Beziehungen zwischen Rechtsprechung und Vollstreckung" nicht dem Grundsatz der Gewaltenteilung zu "opfern" und konsequent die gesamte Vollstreckungstätigkeit in die Hände des Richters zu legen.

Um diese Frage beantworten zu können, muß geklärt werden, ob die erwähnten strafrichterlichen Funktionen "nun letztlich rechtsprechende, quasijurisdiktionelle oder eben vollziehende ... Merkmale an sich tragen"³⁸². Die Klärung erfolgt anhand der ermittelten materiellen Funktionskriterien.

1. Strafvollstreckung

Verhältnismäßig wenig Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob die Funktionen der eigentlichen Strafvollstreckung³⁸³ der Rechtsprechung oder der Verwaltung angehören. Dennoch waren sich der Gesetzgeber und die Lehre selbst in diesem Punkt nicht einig. Die Argumente, mit denen man die Aufgaben der Strafvollstreckung in das jeweils vertretene Lager herüberziehen versuchte, fielen zum Teil recht apodiktisch aus oder lagen neben der Sache. Interessante Einblicke gewähren die Auseinandersetzungen vor und nach der Kodifizierung der Reichsstrafprozeßordnung. Auf sie ist um des historischen Verständnisses willen ausführlicher einzugehen; eine knappe rechtsgeschichtliche Skizze der richterlichen Vollstreckungszuständigkeit soll das Bild abrunden.

a. Das deutsche und das französische System

"Jurisdictio sine coercitione esse non potest." Mit dieser - willkürlichen - Hypothese glaubte BIRKMEYER³⁸⁴ im Jahre 1898

382 KÜHLER, 243.

383 Begrifflich und organisatorisch unterscheidet man heute zwischen den Aufgaben der Strafvollstreckung (Einleitung und rechtliche Überwachung des Vollzuges) und denen des Vollzuges (Verwirklichung des Strafübels). Vgl. unten, 145 ff. Hier wird der Begriff der Strafvollstreckung zunächst als Oberbegriff gebraucht.

384 Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898, 751.

seiner Ansicht Nachdruck verleihen zu können, die Vollstreckung strafrichterlicher Urteile gehöre mit der Rechtsprechung untrennbar zusammen; sie sei als Realisierung der Entscheidung wie diese selbst ein "Akt der Justiz" und nicht der Verwaltung und müsse mithin dem entscheidenden Gericht übertragen werden. Auch BINDING³⁸⁵ sah in der Vollstreckung einen "Akt der Justiz" und nicht der Verwaltung und schalt "die wachsende Gleichgültigkeit gegen eine feste Abgrenzung zwischen den Zuständigkeiten der Justiz und der Verwaltung"³⁸⁶.

BIRKMEYER und BINDING stellten sich auf den Standpunkt des sogenannten deutschen Systems, wonach der entscheidende Richter von Amts wegen für die Ausführung der Entscheidung zu sorgen hatte.

Im Gegensatz dazu hielten die Anhänger des "französischen Systems" die Maßnahmen der Strafvollstreckung für administrative Akte, die infolgedessen der Staatsanwaltschaft als Ver-

385 Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl., Leipzig 1904, 296.

386 BINDING, Strafprozeßrecht, 296, auch: Grundriß des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl., Leipzig 1907, 250, erbost sich besonders über die seinerzeit vielfach - beispielsweise von ULLMANN, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, München 1893, 641; LÖWE, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Berlin 1892, 883; MEVES, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Breslau 1882, 490; BELING in BENNECKE/BELING, Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, Breslau 1900, 625, Fn. 15 - vertretene Auffassung, der (bis 1923) in § 57 Nr. 4 StGB vom 15.5.1871 vorgesehene Verweis werde durch den Staatsanwalt als Strafvollstreckungsbehörde ausgesprochen: "Das fehlt gerade noch, daß ein Staatsanwalt den Inhalt der Strafe zu bestimmen hätte, also Organ der Strafgerichtsbarkeit würde!" Die richterliche Zuständigkeit bejahen ebenfalls BIRKMEYER, 753, 761, und OETKER, Besprechung von: BENNECKE, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1895, in: GGA 160 (1898), 602 (635 f), letzterer unter Hinweis auf die gemeinrechtlichen Regelungen. Dieser Begründung hält BELING in BENNECKE/BELING, 625, Fn. 15, entgegen, die gemeinrechtliche richterliche Zuständigkeit beweise nichts, da der Richter früher eben auch die Strafvollstreckung betrieben habe.

waltungsbehörde anzuvertrauen seien³⁸⁷.

Die Befürworter des "deutschen Systems" hatten die Tradition für sich:

Das r i c h t e r l i c h e Gebots- und Überwachungsrecht hinsichtlich aller die "Volnzziehung" der peinlichen Strafe betreffenden Maßnahmen findet sich schon in der Carolina (Art. 96-98, Art. 196 CCC). Danach vollzog der Nachrichter³⁸⁸ in Anwesenheit und auf Anweisung des Spruchrichters das in der Regel auf Tod oder Zufügung eines körperlichen Schadens³⁸⁹ lautende Urteil. Nach Maßgabe der Art. 96-98 CCC oblagen der Stabbruch, der Exekutionsauftrag und die Vereidigung des Nachrichters³⁹⁰, die Friedausrufung zum Schutz des Nachrichters³⁹¹

387 Vgl. Art. 165, 197, 376 CIC, 707 Abs. 1 CPP; VITU, Procédure Pénale, Paris 1957, 378.

388 Schon der Begriff läßt den Schluß zu, daß es sich um eine gerichtliche Person handelte: KROHNE, Lehrbuch der Gefängniskunde, Stuttgart 1889, 320; ZWENGEL, Das Strafverfahren in Deutschland von der Zeit der Carolina bis zum Beginn der Reformbewegung des 19. Jahrhunderts, Bad Homburg o.J., 85 ff; STUMPF, Abgrenzung der Vollstreckung und des Vollzuges der Strafen und der mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Besserung und Sicherung, BlfGefK 64 (1933), 3 (21).

389 Die Carolina sah auch Geldbußen, Ordnungsstrafen, Kerker, eine Art Präventivhaft, Infamie und Landesverweisung vor. Zum Strafsystem der Carolina vgl. GEIB, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Band, Geschichte, Leipzig 1861, 275 f; RADBRUCH, Zur Einführung in die Carolina, in: Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532, Stuttgart 1962, 3 (9 ff).

390 Art. 96 CCC: "Wann der Richter seinen stabe zerbrechen mag. - Item wann der beklagt entlich zu peinlicher straff gerurttheylt wirdet, soll der Richter an den orten da es gewonheyt, seinen stabe zerbrechen, vnnnd den armen dem nachrichter beuelhen und bei seinem eyde gebieten, die gegeben vrtheyl getwewlich zu uolnzziehen, damit vom gericht auffstehn vnd darob halten, damit der nachrichter die gesprochen vrtheyl, mit guter gewarsam vnd sicherheyt volnzziehen müge."

391 Art. 97 CCC: "Des nachrichters fried außzuruffen. - Item so der Richter nach der endt vrtheyl sein stab gebrochen hat, deßgleichen auch so der nachrichter den armen auff die richtstatt bringt, soll der Richter offentlich auß-ruffen oder verkünden lassen, vund von der oberkeyt wegen bei leib vnd gut gebieten, dem nachrichter keynerley verhinderung zuthun, auch ob jm mißling nit handt anzulegen."

und die Vollzugsbestätigung³⁹² als vollzugsleitende Funktionen dem erkennenden Richter. Dem inquisitorischen Prinzip entsprechend waren nicht nur die Urteilsfindung, sondern auch die Durchführung der Strafe richterliche Akte.

Auch mit dem Aufkommen der Freiheitsstrafe blieb die Vollstreckung der schnell und ohne großen technischen und personellen Aufwand vollziehbaren Leibes- und Lebensstrafen in der Zuständigkeit des Spruchgerichtes. Der Vollzug der Freiheitsstrafe ging auf die "Policey", d.h. auf die Verwaltung über; die Vollstreckungszuständigkeit verblieb weiterhin dem Gericht. Nach Abschaffung der Leibesstrafen und mit fortschreitender Differenzierung der Freiheitsstrafe fiel der Vollzug der schweren Freiheitsstrafe (Zuchthaus) in die Zuständigkeit der Verwaltung; der Vollzug der Todesstrafe, der leichteren und kürzeren Freiheitsstrafe und der Untersuchungshaft oblag den gerichtlichen Behörden. Das erkennende Gericht blieb Vollstreckungsbehörde: Es ordnete den Vollzug an und überwachte dessen Durchführung. Diese umfassende gerichtliche Vollstreckungszuständigkeit setzte sich partikularrechtlich bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts fort^{393.394}. Erst im Verlauf der durch die Napoleonische Strafgesetzgebung (CIC von 1808) beeinflussten Reformation des deutschen Strafprozesses fand das französische System vereinzelt Aufnahme.

Der Reichsgesetzgeber entschied sich 1877/78 im Anschluß

392 Art. 98 CCC: "Frag vnd antwurt nach volnziehung der vrtheyl. - Item wann dann der nachrichter fragt ob er recht gericht habe, so soll der selbig Richter vngeuerlich auff dise meynung antwurten, So du gericht hast wie vrtheyl vnd recht geben hat, so laß ich es dabei bleiben."

393 Vgl. MEVES, 281.

394 Die rechtshistorische Entwicklung schildert ausführlich STUMPF, Abgrenzung, 15 ff; Abgrenzung der Vollstreckung und des Vollzuges der Strafen, insbesondere die Stellung der Strafvollzugsbehörden, BlfGefK 63 (1932), 3 (12 ff).

an einige partikulare deutsche Strafverfahrensgesetze³⁹⁵ im Prinzip für das französische System. Er übertrug die Strafvollstreckung³⁹⁶ der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde, um die Gerichte "von allen außerhalb der Sphäre der Rechtsprechung liegenden Geschäften möglichst frei zu halten" und "eine energische Handhabung des Strafvollstreckungswesens" aus Gründen der "praktischen Zweckmäßigkeit" zu ermöglichen³⁹⁷. Lediglich für die in die Zuständigkeit der Amtsgerichte fallenden Sachen konnte die Strafvollstreckung durch Anordnung der Landesjustizverwaltung den Amtsrichtern übertragen werden³⁹⁸. Hinsichtlich der Vollstreckung sonstiger gerichtlicher Entscheidungen³⁹⁹ überließ man dem Richter die Wahl, die Entscheidung selbst zu vollstrecken oder durch die Staatsanwaltschaft vollstrecken zu lassen.

Dieser Grundsatzentscheidung⁴⁰⁰ des Reichsgesetzgebers gingen lange Diskussionen der Ausschußmitglieder der Reichsjustizkommission und der Vertreter des Bundesrates bzw. der Regierungen voraus, eingeleitet durch den Antrag der Abgeordneten KLOTZ, HERZ und EYSOLDT, in § 408 StPO E III die Strafvollstreckung entgegen dem Wortlaut der Regierungsvorlage bei

395 § 430 der Preußischen Strafprozeß-Ordnung vom 25.6.1867; Art. 488 der Strafprozeßordnung des Großherzogtums Hessen vom 13.9.1865; Art. 417 der Oldenburgischen Strafprozeß-Ordnung vom 2.11.1857; § 703 der Revidierten Bremischen Strafprozeß-Ordnung vom 26.12.1870. Die Mehrzahl der deutschen Prozeßordnungen kannte noch das deutsche System.

396 § 408 StPO E III (Regierungs- und Kommissionsvorlage), § 483 StPO in der Fassung vom 1.2.1877, § 451 StPO.

397 Vgl. HAHN, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band III, 1. Abt., 293.

398 § 408 Abs. 2 StPO E III (Regierungsvorlage), § 408 Abs. 3 StPO E III (Kommissionsvorlage), § 483 Abs. 3 StPO vom 1.2.1877, § 451 Abs. 3 StPO.

399 § 30 StPO E III (Regierungs- und Kommissionsvorlage), § 36 StPO in der Fassung vom 1.2.1877, § 36 StPO.

400 WESSELS, 594.

den zur Zuständigkeit des Reichsgerichtes, der Schwurgerichte und der Landgerichte gehörigen Sachen dem Untersuchungsrichter, bei den zur Zuständigkeit des Schöffengerichtes gehörigen Sachen dem Amtsrichter zu übertragen^{401.402}. Ebenso sollte die Vollstreckung der durch § 30 StPO E III erfaßten gerichtlichen Entscheidungen ausschließlich dem Richter überlassen werden⁴⁰³. Neben dem Hinweis auf die Tradition des deutschen Systems berief man sich zur Begründung in erster Linie auf die praktischen und psychologischen Vorzüge der richterlichen Vollstreckungszuständigkeit, etwa darauf, daß bei einer Vollstreckung durch das erkennende Gericht jede Verzögerung des Vollzuges vermieden werde⁴⁰⁴, daß die Untersuchungsgefängnisse unter der Aufsicht der Gerichte stünden und eine Trennung der Strafgefängnisse und der Untersuchungsgefängnisse nicht durchführbar sei⁴⁰⁵, vor allem, daß eine Betrauung der Staatsanwaltschaft - die im vorausgehenden Verfahren die Parteilrolle des Gegners gehabt habe - mit der Straf-

401 Protokolle der Justizkommission des Deutschen Reichstages betreffend die Berathung der Strafprozeßordnung und des Einführungsgesetzes, Berlin 1876, 706.

402 Der Abgeordnete PFAFFENROTT beantragte lediglich die Strafvollstreckung in den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Sachen dem Amtsrichter zu übertragen, Prot., 706. Er zog den Antrag vor der Abstimmung zurück. Der Abgeordnete von PUTTKAMER wollte durch einen Zusatz zum Abs. 2 des § 408 StPO E III (Regierungsvorlage) sicherstellen, daß den Amtsanwälten die Strafvollstreckung nicht übertragen werde, Prot., 706; von der daraufhin in der Kommissionsvorlage (§ 408 Abs. 2 StPO E III) und im § 483 Abs. 2 StPO in der Fassung vom 1.2.1877 ausgeschlossenen, später in § 451 Abs. 2 StPO den Landesjustizverwaltungen eingeräumten Möglichkeit, den Amtsanwälten Aufgaben der Strafvollstreckung zu übertragen, wurde nie Gebrauch gemacht; vgl. SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. II 2 zu § 451 StPO. Ob man sich nun den Motiven anschließt oder nicht, wonach das Personal der Staatsanwaltschaft "vielleicht nicht überall die ausreichende Gewähr für eine angemessene Strafvollstreckung geben wird" (HAHN, III 1, 293): De lege ferenda wird man auf diese Bestimmung verzichten können.

403 Gegen eine Übertragung des Zustellungswesens auf die Staatsanwaltschaft erhoben sich keine Bedenken. Vgl. Prot., 31 ff.

404 Abgeordneter KLOTZ, Prot., 35.

405 Abgeordneter HERZ, Prot., 709.

vollstreckung dem Volksbewußtsein widerspreche⁴⁰⁶. Auch müsse das Organ der Vollstreckung notwendig unparteiisch sein, um eine ungleiche Behandlung im Vollzug zu vermeiden⁴⁰⁷. Der Abgeordnete Dr. BÄHR endlich machte dogmatische Einwendungen gegen die in der Regierungsvorlage vorgesehene Regelung geltend: Zur Funktion des Richters gehöre nicht bloß das Judizieren, sondern auch die Verwirklichung des Rechtes und alles, was damit zusammenhänge. Die Vollstreckung sei eine *e i g e n t - l i c h* richterliche Aufgabe⁴⁰⁸.

Die überwiegend von der Seite der Beobachter des Bundesrates und der Regierungen⁴⁰⁹ vertretene Ansicht, die Vollstreckungstätigkeit sei administrativer Natur und könne zudem wegen des kollegialen Aufbaus der Gerichte schwerlich von diesen wahrgenommen werden⁴¹⁰, setzte sich in der Kommission durch. Die Texte der Regierungsvorlage blieben im wesentlichen unverändert.

Immerhin war man sich darüber einig, daß die auf die Strafvollstreckung bezogenen *E n t s c h e i d u n g e n* - z.B. die Auslegung des Strafurteils, die Berechnung der erkannten Strafe, die Entscheidungen über die Einwendungen gegen die

406 Abgeordnete KLOTZ und KRÄTZER, Prot., 31 und 707. Vgl. auch BIRKMEYER, 751; BINDING, Strafprozeßrecht, 206.

407 Abgeordnete KLOTZ und HERZ, Prot., 707 und 709.

408 Abgeordneter Dr. BÄHR, Prot., 710. Der Abgeordnete Dr. MARQUARDSON hielt demgegenüber die Tätigkeit des Richters "mit gesprochenem Urteil" für beendet; Prot., 710.

409 Direktor von AMSBERG und Ministerialrat LOE, unterstützt von den Abgeordneten STRUCKMANN, von PUTTKAMER und Dr. MARQUARDSON.

410 Direktor von AMSBERG, Prot., 31 und 707 f. BINDING, Strafprozeßrecht, 296, meint dazu, kein Mensch bestehe auf der kollegialen Konstruktion der (gerichtlichen) Vollstreckungsbehörde. Der wahre Grund sei vielmehr "die augenfällige Vorliebe für die von der Regierung durchaus abhängige Staatsanwaltschaft."

Zulässigkeit der Strafvollstreckung⁴¹¹ - vom Gericht zu erlassen seien. Gegen diese "streitentscheidende"⁴¹² richterliche Zuständigkeit im Rahmen der Strafvollstreckung hatte auch der Reichstag nichts einzuwenden. Abgesehen von der in § 483 Abs. 3 StPO (§ 451 Abs. 3 StPO) vorgesehenen Möglichkeit der Bestellung des Amtsrichters zur Vollstreckungsbehörde blieb den Gerichten damit ein weiterer Tätigkeitsbereich im Stadium der Strafvollstreckung. Die richterlichen Funktionen fanden also nicht mit der Verkündung des Strafurteils ihr Ende (*lata sententia, desinit iudex esse iudex*⁴¹³), sondern erstreckten sich darüber hinaus in den dritten Abschnitt des Strafverfahrens, die Vollstreckung.

Obwohl der Gesetzgeber sich eindeutig auf das französische System festgelegt hatte, ließen in der Folgezeit - wie die heftigen Stellungnahmen BINDINGS und BIRKMEYERS beweisen - die Auseinandersetzungen um das Wesen der Strafvollstreckung in der deutschen Wissenschaft nicht nach⁴¹⁴. Die Vorstellung, Vollstreckung sei dem Wesen nach Rechtsprechung, blieb lebendig. Von dem Entwurf des Jahres 1908 und der Reichstagsvorlage des Jahres 1909 unberücksichtigt, fand sie nach dem Untergang der Monarchie 1919 sogar Aufnahme in dem Entwurf des Reichs-

411 §§ 412 ff StPO E III (Regierungs- und Kommissionsvorlage), §§ 490 ff StPO in der Fassung vom 1.2.1877; §§ 458 ff StPO. Vgl. HAHN, III 1, 293 und 294. So auch die französische Regelung, vgl. Art. 710 CPP. Der CIC enthielt keine derartige Vorschrift; die Rechtsprechung wandte jedoch die Art. 472, 554 CPC analog an.

412 Vgl. MEVES, 282; RINTELEN, Systematische Darstellung des gesammelten neuen Prozeßrechts einschließlich des Gerichtsverfassungsrechts in seiner Gestaltung für die ordentlichen Gerichte des ganzen Preußischen Staats, Band I, Breslau 1881, 13; BELING in BENNECKE/BELING, 620 f; von KRIES, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i.B. 1882, 763.

413 VITU, 378.

414 Überwiegend fand die getroffene Regelung jedoch Zustimmung, vgl. etwa KROHNE, 321.

justizministers SCHIFFER⁴¹⁵: § 448 StPO NE III sollte die Strafvollstreckung der Staatsanwaltschaft entziehen und dem Vorsitzenden des Gerichtes der ersten Instanz übertragen⁴¹⁶. Die Entwürfe von 1922 und 1923 wiederum schlossen sich der bestehenden Regelung an. In den Jahren der Weimarer Republik und zur Zeit des sogenannten dritten Reiches schief der Streit um die Systeme ein; der Nationalsozialismus war ohnehin nicht geneigt, eine Ausdehnung richterlicher Kompetenzen auf Kosten der Staatsanwaltschaft zuzulassen⁴¹⁷.

Neuerdings setzt sich KÜHLER⁴¹⁸ dafür ein, die Strafvollstreckung wieder dem Richter zu übertragen.

b. Vollstreckung und Vollzug, Nebenfolgen und Nebengeschäfte

Die eigentliche Strafvollstreckung umfaßt den Inbegriff der Maßnahmen, die der Verwirklichung des vom Richter erkannten Strafübels dienen. Die strafrechtlichen Nebenfolgen, die lediglich Sicherungscharakter haben - die Unbrauchbarmachung oder die Vernichtung der in den §§ 40, 41 StGB näher bezeichneten Gegenstände, die Einziehung, soweit sie im Einzelfall als Sicherungsmaßnahme anzusehen ist^{419.420} - scheiden folg-

415 Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, Berlin 1920.

416 Vgl. auch § 43 StPO NE III und LINGEMANN und NIETHAMMER in LÖWE/ROSENBERG, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Berlin und Leipzig 1929, Anm. 2 zu § 451, Anm. 2 zu § 36 und Einleitung, 26.

417 Vgl. für viele: EICHLER, Inwieweit ist in der Strafvollstreckung Raum für eine Mitwirkung richterlicher Instanzen?, in: Zur Neugestaltung des Strafverfahrens und des Strafvollzuges, Berlin 1935, 133 ff; KERN, Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts, München und Berlin 1954, 274 ff.

418 Vgl. oben, Fn. 381.

419 Die Einziehung kann Straf- oder Sicherungscharakter haben, je nachdem, ob sie den Mißbrauch des Eigentums vergelten oder verhindern will. Vgl. im einzelnen SCHÖNKE/SCHRÖDER, Anm. 2 ff zu § 40; STREE, 83 ff (84 f; 110 f).

420 Vgl. weiter SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 1 a zu § 463.

lich aus dem Bereich der Strafvollstreckung begrifflich aus, auch wenn sie nach Maßgabe des § 463 StPO vollstreckt werden⁴²¹. Desgleichen haben die Vollstreckung der ihrem Wesen nach auf Schadensersatz gerichteten Buße^{422.423} und die Nebengeschäfte der Vollstreckung - das sind die Geschäfte, die sich auf die Mitteilungen zum Strafregister, zur "Verkehrssünderkartei", zur Bundeskriminalstatistik usw.⁴²⁴ beziehen - mit der Strafvollstreckung nichts zu tun⁴²⁵. Der Strafvollstreckung zuzurechnen sind dagegen die Vollstreckungshandlungen, die die echten Strafen, d.h. die Neben- und Ehrenstrafen⁴²⁶, die Geldstrafen und - nicht zuletzt - die freiheitsentziehenden Stra-

421 SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 1 vor § 449, Anm. 1 a zu § 463; Eberhard SCHMIDT, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil 2, Göttingen 1957, Anm. 2 zu § 463; Robert von HIPPEL, Der deutsche Strafprozeß, Marburg 1941, 675; POHLMANN, Strafvollstreckungsordnung, 4. Aufl., Bielefeld 1967, Anm. II 3 a zu § 61; OLG Celle, Beschl. vom 7.9.1897, ALSBERG, Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Band III, Mannheim-Berlin-Leipzig 1928, Nr. 268.

422 §§ 188, 231 StGB. Zum Charakter der Buße vgl. MAURACH, AT, 700.

423 Die Buße wird nach den §§ 406 b, 406 d StPO vollstreckt; vgl. SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 1 b zu § 463.

424 Eingehend POHLMANN, Anm. IV 1 zu § 10.

425 SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 11 vor § 449; POHLMANN, Anm. III 1 zu § 10.

426 Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (§§ 161, 181 Abs. 2, 302 d, 302 e, 32 StGB), Aberkennung der Amtsfähigkeit (§§ 35, 85, 98, 109 i, 358 StGB), Verlust des Wahlrechtes (§ 34 Ziffer 2, 85, 98, 109 i StGB), Urteilsbekanntmachung (§§ 165, 200, 285 a Abs. 2 StGB), Verfall bestimmter Gegenstände oder ihres Wertes (§§ 335, 86, 98, 109 i StGB), Fahrverbot (§ 37 StGB), die Einziehung als Nebenstrafe. Zur Natur der Nebenstrafen, vor allem der Urteilsbekanntmachung und des Fahrverbotes, vgl. MAURACH, AT, 694 ff; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Anm. 1 zu § 200, Anm. 1 zu § 37; SCHÄFER im Leipziger Kommentar, 2. Band, 8. Aufl., Berlin 1958, Anm. I zu § 200; RGSt, Urt. vom 1.7.1919, RGStE 53, 290 (291); Urt. vom 13.12.1938, RGStE 73, 24 (25 ff).

fen (Zuchthaus, Gefängnis, Einschließung, Haft, Jugendarrest⁴²⁷ und Jugendstrafe) in die Wirklichkeit umsetzen.

Beschäftigt man sich mit der Frage, ob diese eigentlichen Strafvollstreckungsmaßnahmen rechtsprechende oder verwaltende Funktionen darstellen, so fällt auf, daß hinsichtlich der freiheitsentziehenden Strafen zuweilen mit geradezu peinlicher Sorgfalt zwischen Vollstreckung und Vollzug unterschieden wird⁴²⁸. Die StPO trifft diese Unterscheidung grundsätzlich noch nicht; sie spricht auch dann von Vollstreckung, wenn nach der heute üblichen Terminologie von Vollzug die Rede sein müßte⁴²⁹. Lediglich in der 1933 eingefügten Bestimmung des § 456 b taucht der Funktionsbegriff des Vollziehens auf. Die o r g a n i s a t o r i s c h e Teilung der Vollstreckungsaufgaben, die entweder von den Vollstreckungsbehörden oder von

427 Der Jugendarrest kann hier erwähnt werden, da er - wie sich schon aus dem Wortlaut des § 90 Abs. 1 JGG ergibt - Elemente der Strafe mit denen der Erziehungsmaßregel vereinigt; so BGHSt, Beschl. vom 9.1.1963, BGHSt 18, 207 (208 f); DALLINGER/LACKNER, Jugendgerichtsgesetz, 2. Aufl., München und Berlin 1965, Anm. 1-5 zu § 16; Karl PETERS, Die Jugendarrestverordnung, ZStrW 60 (1941), 551 (552 ff); BOLDT, Um den Jugendarrest, ZStrW 59 (1939), 336 (351); SIEVERTS, Zur kriminalpolitischen Wirkung des Jugendarrestes, in: Probleme der Strafrechterneuerung, Festschrift für Eduard KOHLRAUSCH, Berlin 1944, 75 (78, 81). Die übrigen Zuchtmittel des Jugendstrafrechtes haben weniger Vergeltungscharakter, obschon sie sich auch sühnende Ziele setzen. Sie werden an passender Stelle behandelt.

428 Vgl. z.B. Eberhard SCHMIDT, II, Vorbem. 1-3 vor § 449; SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 2 vor § 449; DALLINGER/LACKNER, Anm. 1 vor § 82; KERN, Gerichtsverfassungsrecht, 220, Fn. 2; STUMPF, Strafvollzugsbehörden, 15 ff; Abgrenzung, 31; Robert von HIPPEL, Der deutsche Strafprozeß, 668/669. Eine Ausnahme macht GRETHLEIN, Jugendgerichtsgesetz, 2. Aufl., Berlin 1965, Vorb. 1 vor § 82, indem er den Vollzug als Teil der Vollstreckung kennzeichnet.

429 Beispielsweise in den §§ 450, Abs. 1, 455, 456 Abs. 1, 456 a StPO; vgl. Eberhard SCHMIDT, II, Vorbem. 4 vor § 449.

den Vollzugsbehörden wahrgenommen werden⁴³⁰, spiegelt sich allerdings auch in der StPO wider⁴³¹. Dem (jüngeren) JGG ist die begriffliche Unterscheidung zwischen Vollstreckung und Vollzug schon geläufig⁴³². Es überträgt die Aufgaben der Vollstreckung dem Vollstreckungsleiter⁴³³, die Aufgaben des Vollzuges dem Vollzugsleiter⁴³⁴.

Nun ist fraglich, ob sich die Funktionen der freiheitsentziehenden Strafvollstreckung tatsächlich nach - wie gelegentlich behauptet wird - "sachlichen" Merkmalen sondern lassen⁴³⁵, ob die terminologische Differenzierung zwischen "vollstrecken" und "vollziehen" mehr als bloß organisatorische Gründe hat. Legt man nämlich die staatsrechtlichen Funktionsbegriffe zugrunde, stellt sich heraus, daß die Funktionen der Vollstreckung und des Vollzuges einheitlicher Natur sind. Aus staatsrechtlicher Sicht aber sind weitere sachliche, d.h. materielle Funktionsteilungen innerhalb einer Funktion weder vom Grundgesetz vorgesehen noch überhaupt notwendig.

Im allgemeinen trennt man die Aufgaben der Vollstreckung und des Vollzuges danach, ob sie den Vollzug in die Wege lei-

430 Zur Organisation der Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsbehörden vgl. SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 2 b vor § 449. Hervorzuheben ist, daß in allen Ländern mit Ausnahme Hamburgs die oberste Aufsicht über die Vollzugsanstalten die oberste Behörde der Landesjustizverwaltung ausübt (vgl. für die Jugendstrafanstalten DALLINGER/LACKNER, Anm. 6 zu § 92). Da dieselbe Behörde gem. § 147 Nr. 2 GVG die Beamten der Staatsanwaltschaft ebenso wie die Amtsgerichte in ihrer Eigenschaft als Vollstreckungsbehörden (§ 451 Abs. 1 und Abs. 3 StPO) beaufsichtigt, laufen Vollzugs- und Vollstreckungsbehörden in der Spitze zusammen.

431 Vgl. die §§ 454 Abs. 1 und Abs. 3, 456 a Abs. 1, 456 c Abs. 2, 458 Abs. 2 StPO.

432 Vgl. die Überschrift vor § 82 JGG.

433 § 82 Abs. 1 JGG.

434 § 90 Abs. 2 JGG.

435 Eberhard SCHMIDT, II, Vorbem. 1 vor § 449; STUMPF, Abgrenzung, 15; Strafvollzugsbehörden, 12.

ten und - in bestimmten Grenzen - rechtlich überwachen, oder ob sie das Strafübel unmittelbar realisieren⁴³⁶. Die Zuständigkeiten der V o l l s t r e c k u n g sbehörden sind positiv geregelt, und zwar durch die StPO und - ergänzend - durch die StVollstrO⁴³⁷. So prüft die Vollstreckungsbehörde die Voraussetzungen der Vollstreckung⁴³⁸, trifft die Maßnahmen, die

- 436 POHLMANN, Einleitung, 15; LEISS/WEINGARTNER, Strafvollstreckung, 2. Aufl., München und Berlin 1958, 9003; FREDE, Besprechung von: LEISS/WEINGARTNER, Strafvollstreckung, 2. Aufl., ZStrW 73 (1961), 292 (292); BÔTEL, Handbuch der Strafvollstreckung, Celle 1929, 1; DALCKE/GENZMER, Handbuch der Strafvollstreckung und Gefängnisverwaltung in Preußen, Berlin 1881, 3; SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 2 b vor § 449; Eberhard SCHMIDT, II, Vorbem. 1, 2 vor § 449; MÜLLER/SAX (KMR), I, Vorb. 3 und 4 a vor § 449; Karl PETERS, Strafprozess, 602, 689; KERN, Strafverfahrensrecht, 241, 243; Robert von HIPPEL, Der deutsche Strafprozess, 668/669; von KRIES, 763; BELING in BENNECKE/BELING, 613 f; JESCHECK, Le système pénitentiaire de la République Fédérale d'Allemagne, in: HEGUENEY/ANCEL, Les grands systèmes pénitentiaires actuels, Band II, Paris 1955, 283 (291); JACOBI, Die Rechtsstellung der Strafgefangenen, ZStrW 50 (1930), 376 (380, Fn. 15); SAUER, Strafvollzug und Vollstreckungsrecht, ZStrW 49 (1929), 533 (547); OETKER, 635.
- 437 Die StVollstrO ist eine Verwaltungsanordnung und besitzt keine materielle Rechtssatzqualität. So zutreffend ALTENHAIN, Die Rechtsnatur der Beschwerde nach § 21 Strafvollstreckungsordnung, Rpfl 1963, 370 (371); Die Rechtsprechung der Strafsenate zum Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafrechts, DRiZ 1964, 297 (299); SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 6 b zu § 24 EGGVG; a.A. POHLMANN, Einleitung, 18, der sich auf OLG Hamm, Beschl. vom 14.11.1960, JVB1 1961, 141 (142), stützt. ALTENHAIN, a.a.O., verneint den materiellen Rechtssatzcharakter der StVollstrO mit der Begründung, es sei keine legislative Ermächtigung der Verwaltung im Bereich der Strafvollstreckung ersichtlich; außerdem fehle es (in Nordrhein-Westfalen) an der gem. Art. 71 Abs. 2 LV NW vorausgesetzten Verkündung.
- 438 §§ 451 Abs. 1 StPO, 3 Abs. 1 Satz 1 StVollstrO. Die Prüfung erstreckt sich u.a. darauf, ob eine rechtskräftige und mit einer Rechtskraftbescheinigung versehene Entscheidung i.S.d. § 451 Abs. 1 StPO vorliegt, ob keine Vollstreckungshindernisse entgegenstehen (Strafaussetzung zur Bewährung, Gnaden-erweis, Verjährung der Vollstreckung, Amnestie), ob die eigene Zuständigkeit gegeben ist.

zur Durchführung der richterlichen Entscheidungen erforderlich sind⁴³⁹, wacht darüber, daß die Art und die Dauer der Freiheitsstrafe der Entscheidung entsprechen⁴⁴⁰ und daß die gesetzlichen Vorschriften Beachtung finden, die den Vollzug der jeweiligen Straftat kennzeichnen⁴⁴¹, berechnet "an erster Stelle" die Strafzeit⁴⁴². Zu den Aufgaben der V o l l - z u g sbehörden äußert sich die StPO nicht; § 3 Abs. 2 StVollstrO besagt nur, daß die Vollstreckungsbehörde nicht für den "besonderen Pflichtenkreis" der Vollzugsbehörde verantwortlich ist. Gesetzliche oder verordnungsrechtliche Bestimmungen, die die Zuständigkeiten der Vollzugsbehörden positivrechtlich festlegen, gibt es nicht⁴⁴³. Sonach verbleiben den Vollzugsbehörden - systematisch ist eine negative Abgrenzung nicht zu umgehen⁴⁴⁴ - die Aufgaben, die die Vollstreckungsbehörden nicht wahrnehmen: Die Behandlung und Versorgung Verurteilter im einzelnen, die ärztliche Betreuung während der Verbüßung, die Regelung des Verkehrs mit der Außenwelt, der Arbeit, der Freizeitgestaltung, die Auferlegung, Vollstreckung (!) und Vollziehung der Hausstrafen, die seelische und geistige Betreuung der Häftlinge, die Anlage von Personalakten, die erforderlichen Mitteilungen an die Vollstreckungsbehörden usw.⁴⁴⁵.

439 § 3 Abs. 1 Satz 2 StVollstrO. Z.B. die Ladung, der Erlaß eines Vorführungs- oder Haftbefehls (§ 457 Abs. 1 StPO) oder eines Steckbriefes (§ 457 Abs. 2 StPO).

440 §§ 451 Abs. 1 StPO, 36 Satz 1 StVollstrO. Vgl. RGSt, Urt. vom 1.6.1897, RGStE 30, 135 (136 ff), das die Kontrollzuständigkeit der Strafvollstreckungsbehörde direkt § 451 Abs. 1 StPO entnimmt.

441 §§ 15, 16 Abs. 2 und Abs. 3, 17 Abs. 2, 18 Abs. 2, 22 StGB.

442 §§ 451 Abs. 1 StPO, 36 Satz 2 StVollstrO.

443 Die durch Ländervereinbarung geschaffene DVollzO vom 1.12.1961 hat ebenfalls keinen Rechtssatzcharakter; vgl. SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 8 c vor § 449; TIEDEMANN, Die normative Grundlage des deutschen Strafvollzuges, NJW 1967, 87 (88) m.w.N. Ungewiß ist noch, ob die Vollzugsverordnung vom 14.5.1934 in ihrer ursprünglichen oder in einer modifizierten Fassung als Gewohnheitsrecht mit Gesetzesrang fortgilt.

444 Vgl. POHLMANN, Anm. I 2 zu § 3; MÜLLER/SAX (KMR), Vorb. 4 b vor § 449.

445 POHLMANN, Anm. I 2 zu § 3.

Wenn man die eben umrissenen Tätigkeiten der Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden miteinander vergleicht, so treten - von den materiellen Staatsfunktionsbegriffen her wohl-gemerkt - s a c h l i c h e Unterschiede nirgends in Erscheinung. Alle mit der Einleitung und praktischen Durchführung, mit der Kontrolle und Beendigung der Vollstreckung verbundenen Funktionen zeichnen sich dadurch aus, daß sie einen einzigen (Verwaltungs-) Erfolg - die Zufügung des erkannten Strafübels - sicherstellen. Veranlaßt werden sie nicht, weil sich der Verurteilte und die Behörden über Rechte oder Pflichten streiten, sondern weil der Staat befohlen hat, zu strafen; sie bemessen nicht das Verhalten des Verurteilten, sondern knüpfen an dessen beurteiltes Verhalten an und sind selbst Verhalten statt Erkenntnis; in ihnen überwiegt das Moment des Zweckmäßigen, da sie ja einen vorgeschriebenen Zweck - die Abgeltung begangenen Unrechtes - zu verwirklichen bestimmt sind. Der Erlaß eines Vorführungsbefehles nach § 457 Abs. 1 StPO etwa hat in erster Linie den Sinn, mit der Zufügung des Strafübels zu beginnen, nicht, dem vergeblich Geladenen sein Recht zu geben; die Verhängung einer Hausstrafe dient eher der Zucht des Insassen und der Anstaltsdisziplin als der sühnenden Vergeltung eines Fehlverhaltens⁴⁴⁶. In dem einen Fall ist die Vollstreckungsbehörde, in dem anderen die Vollzugsbehörde zuständig. Beide Maßnahmen aber wird der Verurteilte als Teil der Verwirklichung seiner Strafe empfinden, als Funktionen, die diesem Zweck untergeordnet sind.

446 Zum Wesen der Hausstrafe vgl. MAURACH, AT, 10 f; KARRASCH, Disziplinarmaßnahmen in den Vollzugsanstalten, Diss., o.O. 1957, 3-9; GOTTWALDT, Anm. zum Beschluß des OLG Frankfurt vom 10.4.1952, NJW 1952, 799 (799); OLG Frankfurt, Beschl. vom 15.10.1952, NJW 1953, 118 (118); OLG Bremen, Beschl. vom 29.11.1956, 274 (275).

Und das zu Recht: Beide sind Akte der Verwaltung⁴⁴⁷.

Ebenso sind die übrigen Strafvollstreckungstätigkeiten, bei denen sich ein Vollzug im organisatorischen Sinn erübrigt - die Vollstreckung der Neben-, Ehren- und Geldstrafen - als verwaltende Funktionen zu qualifizieren. Das Gleiche gilt schließlich für die Vollstreckung der erkannten sichernden Nebenfolgen und für die Nebengeschäfte der Vollstreckung; wenn diese Funktionen auch andere Zwecke als die der vergeltenden Übelszufügung verfolgen, so handelt es sich doch um typisch administrative Aufgaben: Der Schutz der Öffentlichkeit vor gemeinfährlichen Gegenständen oder Darstellungen strafbaren Inhaltes, die Information der Gerichte oder interessierter Behörden, Anstalten, Körperschaften, Privatpersonen mit Daten der Statistiken oder Register, etc. Als Ergebnis darf festgehalten werden, daß die Akte der Vollstreckung wie die des Vollzuges dem Rechtsprechen wesensfremd sind. Um auf die Hypothese BIRKMEYERS⁴⁴⁸ zurückzukommen: Jurisdictio sine coercitione esse potest.

Der Reichsgesetzgeber entschied sich also richtig, als er dem "französischen System" den Vorzug gab und die Strafvoll-

447 In der älteren Literatur ist sogar umstritten, ob der Strafvollzug materiell der Rechtsprechung oder der Verwaltung angehört. Vgl. JACOBI, 380, und dort Fn. 14. Die Vollstreckung sieht JACOBI jedenfalls als "Akt der Strafjustiz" an. Unsicher drückt sich auch SAUER, 555, 558, aus. Heute ist allgemein anerkannt, daß Vollstreckung und Vollzug "Geschäfte der Justizverwaltung" sind: SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 3 vor § 449; MÜLLER/SAX (KMR), I, Vorb. 1 b vor § 449; Karl PETERS, Strafprozess, 602; HENKEL, Strafverfahrensrecht, 5. Der alte Streit um den materiellen oder formellen Charakter des Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrechts - vgl. BINDING, Grundriss des Gemeinen Strafverfahrensrecht, 5, Fn. 4; KERN, Besprechung von: HENKEL, Strafverfahrensrecht, Salzgitter-Hildesheim 1950, NJW 1950, 186 (186) - kann für die Frage nach dem Wesen der vollstreckenden Funktionen nicht fruchtbar gemacht werden, da sich Rückschlüsse vom Charakter einer Norm auf die Qualität der Funktionen des Normanwendenden verbieten: Auch die Verwaltung arbeitet mit materiellem Recht.

448 Vgl. oben, 134, Fn. 384.

streckung durch § 483 StPO (451 StPO) der Staatsanwaltschaft als Verwaltungsbehörde⁴⁴⁹ zuwies. Die dem Amtsrichter in § 451

449 In jüngster Zeit wieder unternahmen GÖRCKE, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz, ZStrW 73 (1961), 561 ff, KOHLHAAS, Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, Neuwied am Rhein, Berlin 1963, und Walter WAGNER, Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte, NJW 1963, 8 ff, den Versuch, die Zugehörigkeit der Staatsanwaltschaft zur rechtsprechenden Gewalt nachzuweisen. Als "trojanische Pferde" leisteten dabei terminologische Gewagtheiten ARNDTS und Eberhard SCHMIDTS wirksame Hilfe. So schreibt ARNDT, Umstrittene Staatsanwaltschaft, NJW 1961, 1615 (1617), der Staatsanwalt sei "seiner Funktion nach nicht Exekutivbeamter", sondern gleich dem Richter und dem Verteidiger "homme de justice" (?), so daß eine Eingliederung der Staatsanwaltschaft in das Innere der Verwaltung, die vollziehende Gewalt, ein eklatanter Verfassungsverstoß gegen Art. 20 GG wäre, und in: Rechtsprechende Gewalt, 22, die Strafvollstreckungsbehörde verwirkliche den richterlichen Strafausspruch "als Hilfsorgan des Richters, nicht als Verwaltung der Exekutive" (?); Bestrafen sei durchgängig und unteilbar ein Akt der rechtsprechenden Gewalt. Verfänglich sind auch die Worte Eberhard SCHMIDTS, Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz, DRiZ 1957, 273 (279), Staatsanwalt und Richter verwirklichten beide im Bereich der Strafrechtspflege das, was die "rechtsprechende Gewalt" hier zu leisten habe, "im g l e i c h a r t i g e n Zusammenwirken (280) als Angehörige der "dritten Gewalt" (282); der Staatsanwalt dürfe sich sonach nicht "zu den Exekutivbeamten drängen" lassen (279). Ähnliche Äußerungen findet man bei: BADER, Staatsanwalt und Rechtspflege, JZ 1956, 4 (5); Die Wiederherstellung rechtsstaatlicher Garantien im deutschen Strafprozeß nach 1945, in: Strafprozeß und Rechtsstaat, Festschrift für H.F. PFENNINGER, Zürich 1956, 1 (4); SIEGERT, Sachliche Unabhängigkeit des Staatsanwaltes?, DRiZ 1956, 224 (226); GÖBEL, Anklagezwang und Gewaltentrennung, NJW 1961, 586 (586 f); SIMON, Das Bild des Richters in Verfassung und Wirklichkeit, Düsseldorf 1966, 58 (86); BRÜGGMANN, 164; SCHWARZ/KLEINKNECHT, Anm. 2 vor § 141 GVG. Eberhard SCHMIDT, Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde, MDR 1964, 629 ff und 713 ff, rückte das schiefe Bild wieder gerade: Der funktionale Einsatz des Staatsanwaltes zur Entlastung und Unterstützung des Richters bedeute noch keine Teilhabe an der rechtsprechenden Gewalt (630); soweit die Staatsanwaltschaft selbständige Entscheidungen treffe (§§ 153 Abs. 1, 153 b, 154 Abs. 1, 154 b Abs. 1, 154 c, 170 Abs. 2 StPO), enthielten diese keine "Aussage zur Sache", die einem gerichtlichen Wahrspruch gleichen könnten, da die Staatsanwaltschaft über Tatverdachtsfragen nicht hinauszugehen habe (631). Vgl.

Abs. 3 StPO i.V.m. § 5 StVollstrO⁴⁵⁰ eingeräumte Vollstreckungszuständigkeit⁴⁵¹ kann demzufolge nicht als echte Konzession an das "deutsche System"⁴⁵² aufgefaßt werden. Das Reichsgericht hat von vornherein klargestellt, daß der Amtsrichter als Vollstreckungsbehörde keine richterliche Weisungsunabhängigkeit genießt, weil die Strafvollstreckung ein Geschäft der "Administrativrechtspflege" sei⁴⁵³.

Auch der Jugendrichter übt die ihm übertragenen Vollstreckungs- und Vollzugsaufgaben (§§ 82 Abs. 1, 90 Abs. 2 Satz 2 JGG) - soweit nicht § 83 Satz 1 JGG seine Entscheidungen als richterliche bezeichnet - als Organ der "Justizverwaltung" aus^{454.455}. Das folgt mit logischer Notwendigkeit aus dem We-

weiter: Von SARWEY, 14; Graf zu DOHNA, Das Strafprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1925, 59, und das dort in Fn. 1 angeführte Schrifttum; Die Stellung der Staatsanwaltschaft zu Gericht, Polizei und Regierung, Berlin 1929, 46; HENKEL, Das deutsche Strafverfahren, Hamburg 1943, 132; MÜLLER/SAX (KMR), I, Einl. 3 II, 9; SCHELLING, 85 ff; KILL, Die Stellung der Staatsanwaltschaft im französischen und deutschen Strafverfahren, Diss., o.O. 1960, 18 f; NOWAKOWSKI, Ist die Staatsanwaltschaft an die ständige oder gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden?, in: Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil 2, München und Berlin 1964, 11; GÄRTNER, 91.

450 § 5 StVollstrO löste die bis dahin ergangenen Anordnungen der Landesjustizverwaltungen ab: Eberhard SCHMIDT, II, Anm. 4 zu § 451.

451 Die amtsrichterliche Vollstreckungszuständigkeit ist im Laufe der Zeit mehr und mehr zusammengeschrumpft. Das Land Bremen hat sie 1965 "aus organisatorischen Gründen" ganz beseitigt. Vgl. POHLMANN, Anm. II, III, IV zu § 5, und Einleitung, 16.

452 Vgl. MÜLLER/SAX (KMR), I, Vorb. 1 b vor § 449.

453 RG, Beschl. vom 9.12.1889, RGStE 20, 101 (103/104); Urt. vom 24.4.1891, RGStE 21, 424 (428); Urt. vom 30.5.1929, RGStE 63, 167 (168). Vgl. weiter die oben, Fn. 22, angegebenen Belege.

454 Richtlinien zum JGG, in: RIEDEL, Jugendgerichtsgesetz, München 1965, GT 2, 29; DALLINGER/LACKNER, Anm. 11 vor § 82, Anm. 24 zu § 90; GRETHLEIN, Anm. 1 a zu § 83, Anm. 2 zu § 91; SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 2 a zu § 451.

455 WESSELS, 595, möchte den Begriff "Justizverwaltung" in Bezug auf die Vollstreckungstätigkeit des Richters durch "weisungsgebundene Rechtspflege" ersetzt wissen, da die Voll-

sen der Vollstreckung⁴⁵⁶. Daß das JGG von 1923 dem Jugendrichter als Vollstreckungsleiter Unabhängigkeit zuerkannte, beweist nichts und sollte nicht zum Anlaß genommen werden, die Frage nach dem Funktionswesen der richterlichen Vollstreckungstätigkeiten jeweils vom geltenden Recht her zu beantworten: Die richterliche Staatsunabhängigkeit ist kein materielles Kriterium des Rechtsprechens⁴⁵⁷. Sie ist ein, wenn man so will, "modales" Kriterium, eine institutionelle Modalität, um deretwillen gelegentlich verwaltende Funktionen dem Richter unterstellt werden⁴⁵⁸. Der Gesetzgeber hatte es damals offenbar für erforderlich erachtet, die Weisungsfreiheit des Richters für a l l e Akte der Jugendstrafvollstreckung auszunutzen. Ob das wirklich ein Gebot der Notwendigkeit war, kann dahinstehen; darauf gibt übrigens die zur Zeit geltende Regelung eine Antwort. Noch heute begegnet uns die weisungsfreie richterliche Vollstreckungszuständigkeit auf anderen Gebieten. § 179 GVG beispielsweise überläßt dem Vorsitzenden des Gerichtes die Vollstreckung der sitzungspolizeilichen Maßnahmen, die die §§ 177, 178 GVG vorsehen, und zwar als "Ausfluß der unabhängigen richterlichen Gewalt"⁴⁵⁹.

streckung mit der Verwaltung der Justiz nichts zu tun habe. So gesehen ist der gebräuchliche Begriff "Justizverwaltung" in der Tat zu eng.

456 Dies gegen SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 2 a zu § 451.

457 Vgl. oben, 37 ff.

458 Vgl. oben, 9.

459 WESSELS, 596. Vgl. RGSt, Urt. vom 10./17.1.1887, RGStE 15, 227 (230 f). KNIESTEDT, Richterliches Gehör und Sitzungspolizei, MDR 1960, 197 (197), schreibt sachlich zutreffend, die A n o r d n u n g einer sitzungspolizeilichen Maßnahme ergehe nicht aufgrund eines Rechtsstreites um das störende Verhalten, fördere auch nicht unmittelbar die Prozeßlage auf die Urteilsfindung hin, sondern bezwecke das Fernhalten von Störungen, einen störungsfreien Sitzungsverlauf; sie sei folglich verwaltender Natur. Der findige Einwand TILLMANNs, Nochmals: Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, MDR 1960, 640 (640/641), der mit einer Ordnungshaftstrafe nach § 178 GVG belegte Störer müsse dann ja gem. Art. 104 Abs. 2 GG dem Richter vorgeführt werden, geht ins Leere: Die Kontrolle durch einen zweiten Richter ist überflüssig, weil ein Richter beschlossen hat. Der Beschluß gem. § 178 GVG und die Entscheidung nach Art. 104 Abs. 2 GG fallen zusam-

Ein besonders interessantes Beispiel bietet die Vollstreckung der Erzwingungshaft, die gem. § 70 Abs. 2 StPO gegen den die Aussage verweigernden Zeugen angeordnet werden kann. Leistete man dem Wortlaut des § 36 StPO Folge, so wäre diese Beugemaßnahme wie die anderen gerichtlichen Entscheidungen, die im Verlauf des Strafprozesses ergehen, fakultativ vom Richter oder von der Staatsanwaltschaft zu vollstrecken. WESSELS⁴⁶⁰ ist demgegenüber mit gutem Grund der Meinung, der Charakter der Erzwingungshaft schließe ein staatsanwaltschaftliche Vollstreckungskompetenz aus: Die Beugehaft solle einen psychologischen Druck gegen den widerspenstigen Zeugen ausüben. Deswegen werde sie - im Rahmen der durch § 70 Abs. 2 StPO vorgeschriebenen Höchstgrenzen - auf unbestimmte Dauer verhängt und vollstreckt. Sie sei mithin aufzuheben, wenn sie ihren Sinn verliere, etwa dann, wenn der Zeuge seiner Zeugnispflicht genüge, wenn dem Zeugen nachträglich Schutzrechte erwachsen usw. In diesem Fall sei zugleich die Vollstreckung abubrechen. Die Rechtmäßigkeit des Anordnungsbeschlusses und die Zulässigkeit der Vollstreckung seien miteinander verknüpft. Daher müsse der Richter, den die Pflicht zur ständigen Überprüfung der sachlichen Voraussetzungen der Beugehaft treffe, auch weisungsfreier Herr der Vollstreckung sein⁴⁶¹.

Die Anordnung und die Vollstreckung derartiger Beschlüsse aber dürfen nicht als Akte des Rechtsprechens verkannt werden.

men. Dabei - und das übersieht TILLMANN - ist die Entscheidung nach Art. 104 Abs. 2 GG nur formell als "Richterakt", materiell aber als Verwaltungsmaßnahme zu bewerten (MAUNZ/DÜRIG, Grundgesetz, Band II, München und Berlin 1966, Anm. 25 zu Art. 104; vgl. auch unten 194f, und dort Fn. 596). Zur weiteren Kritik TILLMANNs vgl. KNIESTEDT, Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei (Schlußwort), MDR 1961, 25 (25).

460 599 ff.

461 Den gleichen Standpunkt vertritt der Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen hinsichtlich der Vollstreckung der Erzwingungshaft gem. § 69 Abs. 3 OWiG i.V.m. § 70 Abs. 2 StPO, wobei er sich ausdrücklich darauf beruft, daß der die Beugehaft des § 70 Abs. 2 StPO vollstreckende Richter unabhängig sei. Vgl. VGH NW, Beschl. vom 2.8.1964, OVG 20, 311 (313 ff); ferner: SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 10 vor § 449; POHLMANN, Anm. I 4 zu § 87.

Sie stellen weder die Tatsachen des Sachverhaltes fest, noch sind sie Erkenntnis des gerechten Rechtes auf der Tatbestands- oder Rechtsfolgenreite. Sie ermöglichen die Funktion des Rechtsprechens; nur deshalb entscheidet man sich "im Zweifelsfalle zugunsten der richterlichen Unabhängigkeit"⁴⁶², indem man sie dem Richter anvertraut. Jeder Versuch, aus ihnen eine materielle Zwitterfunktion zu bilden⁴⁶³, muß am eindeutigen Funktionenschema des Grundgesetzes scheitern.

c. Richterliche Entscheidungen

Abgesehen von der Vollstreckung und dem Vollzug der Jugendstrafen ist die aktive Beteiligung des Richters an den Aufgaben der Strafvollstreckung verschwindend gering. Wo immer der Richter echte vollstreckende Funktionen hat, handhabt er sie als verwaltende. Neben der grundsätzlichen Bindung an das Gewaltenteilungs- und Funktionentrennungsprinzip liegt dem jetzigen deutschen Rechtssystem der praktischen Bedürfnissen entspringende Gedanke zugrunde, daß der Richter nach Möglichkeit nicht mit Funktionen belastet werden soll, die dem verfassungsrechtlichen Leitbild seines Berufsstandes nicht entsprechen.

Auf der anderen Seite zwingt eben diese grundlegenden Erwägungen dazu, den Richter dort einzusetzen, wo nach der Rechtskraft des Strafurteils rechtsprechende Tätigkeiten anfallen. Diese erwachsen in zweierlei Hinsicht: Einmal kann der Strafvollstreckungstitel auslegungsbedürftig sein, oder er

462 WESSELS, 598.

463 Bezeichnend ist die Unschlüssigkeit SCHÄFERS in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 1 zu § 176 GVG, wenn er sagt, die sitzungspolizeilichen Anordnungen seien "keine Akte der vollziehenden Gewalt, aber auch keine Rechtsfindungsmaßnahmen." Eine (dritte) Funktion - die gesetzgebende will SCHÄFER sicherlich nicht heranziehen - zwischen dem Verwalten und dem Rechtsprechen steht nicht zur Verfügung. Vgl. auch oben, Fn. 280.

muß nachträglich neugebildet oder ergänzt werden. In diesen Fällen betrifft die richterliche Tätigkeit das erlassene Strafurteil und damit den entschiedenen Rechtsstreit. Zum anderen unterliegen auch die Akte der Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden der richterlichen Legalitätskontrolle: Das besondere Gewaltverhältnis, dem der Verurteilte vom Beginn der Vollstreckung an unterworfen ist, engt die Rechte des Unterworfenen zwar - zum Teil erheblich - ein, hebt sie aber nicht vollends auf. Es bleibt ein Restbestand an Grundrechten, in die einzudringen dem Staat selbst als Bestrafenden verwehrt ist. Verletzt der Staat in seiner Rolle als Vollstrecker der Strafe diese Rechte, so wird dem Unterworfenen richterlicher Rechtsschutz zuteil. In diesen Fällen entscheidet der Richter neue, d.h. von dem durch das Strafurteil abgeschlossenen Rechtsstreit losgelöste Konflikte, die aus dem besonderen Gewaltverhältnis hervorgehen und das Verhalten der Vollstreckungs- bzw. Vollzugsbehörden zum Gegenstand haben.

Für beide Fallgruppen hat das Gesetz Vorsorge getroffen, ohne allerdings die durchaus unterscheidbaren Komplexe systematisch zu trennen.

An titelauslegenden und titelgestaltenden, strafzumessenden Funktionen sieht die StPO vor: Die Auslegung des Strafurteils (§ 458 Abs. 1)⁴⁶⁴, die Berechnung der erkannten Strafe (§ 458 Abs. 1)⁴⁶⁵, die Umwandlung einer uneinbringlichen Geldstrafe in

464 Solche Zweifel können sich auch bei einem Widerspruch zwischen Urteilsformel und Urteilsgründen ergeben. Urteilsfehler sind nicht im Wege des § 458 Abs. 1 StPO zu beseitigen. Vgl. SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 2 zu § 458; Eberhard SCHMIDT, II, Anm. 1 zu § 458.

465 Bei der Strafzeitberechnung ist es allerdings fraglich, ob sie noch als Teil der Strafzumessung gelten kann. Sie verläßt den Funktionskreis des Rechtsprechens wohl dann, wenn es sich ausschließlich darum handelt, die gedankliche Zeitspanne der Entscheidung in die Wirklichkeit der Kalenderzeit umzusetzen (vgl. EICHLER, 138). Diesem rechnerischen Vorgang muß man jeden rechtsschöpferischen, zumessenden Charakter absprechen. Es dürfte deshalb ausreichen, wenn das Gericht Grundsätze aufstellt, nach denen sich die Berechnung zweifelsfrei durchführen läßt (a.A. OLG Stettin, Beschl. vom

eine Freiheitsstrafe, wenn die Festsetzung der eintretenden Freiheitsstrafe im Titel unterlassen wurde (§ 459)⁴⁶⁶, und die Gesamtstrafenbildung aus mehreren erkannten Einzelstrafen (§ 460).

Die Frage, inwieweit diese nachträglichen, im Stadium der Vollstreckung ergehenden Entscheidungen die Rechtskraft des Strafurteiles berühren⁴⁶⁷, braucht hier nicht erörtert zu werden. Von Bedeutung ist, daß sie den Ausspruch der richterlichen Erkenntnis verständlich machen oder das strafwürdige Verhalten des Rechtsbrechers erneut bemessen. Deswegen sind sie Bestandteile des rechtsprechenden Funktionskreises⁴⁶⁸.

S e l b s t ä n d i g e Rechtsstreitentscheidungen trifft

2.6.1893, GA 1893, 70 (70/71)). Anders, wenn das Gericht die Untersuchungshaft auf eine Jugendstrafe von unbestimmter Dauer anrechnet, ohne festzulegen, wie sich die Anrechnung auf das Mindest- oder Höchstmaß der Jugendstrafe auswirkt; vgl. BayObLG, Beschl. vom 24.1.1955, NJW 1955, 601 (601/602).

- 466 Zur Strafzumessung gehört selbstverständlich auch die Bestimmung der Strafa r t . Darum ist es Sache des Gerichtes, eine unterlassene Umwandlung nachzuholen. Mit der Streitfrage, unter welchen Voraussetzungen eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen ist, wenn der nicht beitreibbare Rest der Geldstrafe unter den Mindestbeträgen des § 27 StGB bleibt, setzt sich eingehend SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 2 zu § 459, auseinander.
- 467 Das Problem stellt sich bei allen in der Phase der Vollstreckung ergehenden richterlichen Entscheidungen und Maßnahmen, die den Urteilsspruch modifizieren oder ergänzen, vornehmlich im Maßregelrecht und bei den Akten, die mit der zur Bewährung ausgesetzten Strafe oder mit der bedingten Entlassung zusammenhängen. Man wird auch dieser Problematik nur Herr, wenn man mit GASSIN, *Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain*, RevdScCr 18 (1963), 239 (244 f), zunächst nach dem W e s e n dieser Entscheidungen und Maßnahmen fragt, also danach, ob sie eine Straftat vergelten sollen, Rechtsprechungsakte sind, oder ob sie den Schutz der Gesellschaft oder die Resozialisierung des Straffälligen bezwecken und dadurch in den Bereich des Verwaltens geraten. Vgl. auch TIEDEMANN, *Die Rechtsstellung*, 184, Fn. 21.
- 468 Vgl. die Zitate in Fn. 409 und EICHLER, 135; MÜLLER/SAX (KMR), I, Anm. 4 zu § 458.

der Richter, wenn sich der Verurteilte (oder ein Dritter⁴⁶⁹) gegen Akte der Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden wendet. Solche Akte sind: Die Entscheidung der Vollstreckungsbehörde über die Zulässigkeit der Strafvollstreckung (§ 458 Abs. 1 StPO)⁴⁷⁰, über den Aufschub der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe (§§ 458 Abs. 2, 455 StPO)⁴⁷¹, über den vorübergehenden Aufschub der Strafvollstreckung (§§ 458 Abs. 2, 456 StPO), über die Anordnung der Vollstreckungsbehörde, die Vollstreckung gegen einen Ausgewiesenen oder Ausgelieferten nachzuholen (§ 458 Abs. 2 StPO), die Entscheidung der Vollstreckungsbehörde, die Zeit des Krankenhausaufenthaltes des Verurteilten

469 Auch Rechte Dritter können durch eine Vollstreckungsmaßnahme verletzt werden: § 456 Abs. 1 StPO schützt u.a. die berechtigten Interessen der Familienmitglieder; Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung nach § 458 Abs. 1 StPO darf außer dem Vollstreckungsgegner derjenige erheben, den die Vollstreckung rechtlich beeinträchtigen würde, z.B. der Erbe, in dessen Vermögen wegen einer gegen den Erblasser verhängten Geldstrafe vollstreckt werden soll (vgl. SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 4 d zu § 458). Der Drittschutz, den die erwähnten Bestimmungen einräumen, indiziert besonders auffällig die Tatsache, daß die Rechtsstreitigkeiten dieser zweiten Gruppe selbständige, vom Strafverfahren unabhängige Streitursachen haben. Ganz überwiegend dienen die folgenden Vorschriften jedoch dem (selbständigen) Rechtsschutz des Verurteilten.

470 Beispiele bei SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 5 zu § 458.

471 Die *U n t e r b r e c h u n g* einer schon begonnenen Strafvollstreckung regelt die StPO im allgemeinen nicht. Sie soll, sofern sie nicht aus vollzugstechnischen Gründen oder im öffentlichen Interesse angeordnet wird, Gnadenerweis sein (vgl. SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 1 a zu § 455; POHLMANN, Anm. II 1 a zu § 45; OLG Hamm, Vorlegungsbeschl. vom 14.8.1963, NJW 1964, 176 (176) gegen OLG Bremen, Beschl. vom 27.2.1961, RPfl 1961, 162 (162)). Diese befremdliche Ansicht hat die noch befremdlichere Konsequenz, daß die Ablehnung eines Unterbrechungsgesuches keiner gerichtlichen Nachprüfung unterliegt. SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 1 d zu § 455, möchte deshalb "die Beihilfslösung des Rückgriffs auf das Gnaderecht nicht überstrapaziert" sehen und befürwortet den Rechtsweg zum OLG über die §§ 23 ff EGGVG.

nicht in die Strafzeit einzurechnen (§ 461 StPO)⁴⁷² und schließlich alle Verfügungen, Anordnungen und sonstigen Maßnahmen der Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden, welche die Grundlage des besonderen Gewaltverhältnisses berühren (§ 23 Abs. 1 EGGVG)⁴⁷³, soweit sie nicht schon nach den speziellen

472 Ausnahmsweise leitet anstelle des Verurteilten der Staatsanwalt die gerichtliche Entscheidung über die Anrechnung ein (§ 461 Abs. 2 StPO); dem Verurteilten wird dann - wie bei allen gerichtlichen Entscheidungen nach den §§ 458 ff StPO - Gelegenheit gegeben, Anträge zu stellen und zu begründen (§ 462 Abs. 2 StPO). Ob damit ein formelles Streitverhältnis entsteht, ist belanglos; in jedem Fall entscheidet der Richter einen **m a t e r i e l l e n** Rechtsstreit, denn es geht um das Recht des Verurteilten, die Dauer des Aufenthaltes in der Krankenanstalt in Anrechnung bringen zu lassen, und um die Pflicht der Vollstreckungsbehörde, die Zeitspanne des ohne Absicht herbeigeführten Krankenhausaufenthaltes in die Strafzeit einzurechnen. Freilich handelt es sich um einen bloß "virtuellen" Rechtsstreit, wenn der Verurteilte - was selten vorkommen wird - sein Antragsrecht nicht ausnutzt. Im Streit ist in erster Linie das Verhalten des Staatsanwaltes, der die Einrechnung ablehnen will. Die richterliche Entscheidung betrifft folglich nicht die Strafzumessung: Das Verhalten des Verurteilten ist nur mittelbar Gegenstand der richterlichen Erkenntnis; überdies wird der Verurteilte, der den Krankenhausaufenthalt absichtlich herbeiführt, nicht für kriminelles Unrecht bestraft. Lehnt die Vollstreckungsbehörde die Einrechnung ab, ohne die Frage pflichtgemäß dem Gericht vorzulegen, wird man dem Verurteilten - eben weil seine materielle Berechtigung umstritten ist - die Möglichkeit zusprechen müssen, seinerseits das Gericht anzurufen (Robert MAYER, Gerichtliche Entscheidung bei Strafunterbrechung, NJW 1962, 1429 (1430); ebenso wohl POHLMANN, Anm. II 4 c zu § 45).

473 § 23 Abs. 1 EGGVG gewährt einen **R e c h t** sschutz vor Verwaltungsakten der "Justizbehörden zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf dem Gebiete der Strafrechtspflege" und der "Vollzugsbehörden im Vollzug der Freiheitsstrafe" usw. Infolgedessen sind solche Akte der Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden angreifbar, die die rechtlich geschützten Positionen des Verurteilten berühren. Wo die Grenze zwischen anfechtbaren Verwaltungsakten und verwaltungsinternen Maßnahmen verläuft, ist ungewiß. Zweckmäßigerweise zerlegt man im Anschluß an eine verbreitete Formel die Verwaltungsfunktionen eines besonderen Gewaltverhältnisses begrifflich in die des Grundverhältnisses und die des Betriebsverhältnisses, wobei lediglich die ersten gerichtlich kontrollierbar sind (BACHOF, Verfassungsrecht II, Nr. 324 ff; TIEDEMANN,

ren Vorschriften der StPO anfechtbar sind⁴⁷⁴. Außerdem kann der Verurteilte mit dem Verpflichtungsantrag gem. § 23 Abs. 2 EGGVG den Erlaß eines ausdrücklich oder stillschweigend verweigerten Verwaltungsaktes durchsetzen, ebenfalls unter der Voraussetzung, daß die Weigerung eines der ihm verbleibenden Rechte verletzt⁴⁷⁵.

Die genannten Rechtsschutzbestimmungen eröffnen dem Richter ein umfangreiches Aufgabengebiet. Das gilt namentlich für § 23 EGGVG. Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie von Rechtsstreitigkeiten ausgehen, die zwischen dem Unterworfenen des

Die Rechtsstellung, 191 f). Eine inhaltliche Abgrenzung bereitet vor allem bei den Maßnahmen der Vollzugsbehörden Schwierigkeiten. Verallgemeinernd kann man sagen: Das Grundverhältnis besteht im Strafvollzug aus den Rechten und Verpflichtungen, die der Gleichheitsgrundsatz und andere nicht beschränkbare Grundrechtssätze herstellen, unabhängig davon, ob sie in rangniederen Rechtssätzen oder Vollzugsvorschriften konkreten Ausdruck gefunden haben. Vgl. SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 8 c vor § 449 m.w.N.

474 Im Zweifel verdient § 458 StPO den Vorzug, da "Strafvollstreckung" im weiteren, den Vollzug mit umfassenden Sinn zu verstehen ist. Vgl. OLG Hamm, Beschl. vom 23.5.1959, NJW 1959, 1889 (1889); OLG Düsseldorf, Beschl. vom 21.8.1959, NJW 1960, 1071 (1071/1072); OLG Saarbrücken, Beschl. vom 20.9.1960, NJW 1961, 230 (230/231); SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, Anm. 8 b vor § 449; MÜLLER/SAX (KMR), I, Anm. 3 b bb zu § 458; SCHWARZ/KLEINKNECHT, Anm. 3 zu § 23 EGGVG; Karl PETERS, Strafprozess, 608.

475 Über die Natur der Verpflichtungsklage ist man sich nicht einig. Sie wird als Leistungsklage oder als Gestaltungsklage oder als Gemisch beider Klagen ausgelegt (vgl. EYERMANN/FRÖHLER, Anm. 9 zu § 42; TIEDEMANN, Die Rechtsstellung, 192). Der Rechtsstreitbegriff läßt je des Ergebnis zu: Die Verpflichtungsklage ist begründet, wenn ein materieller Rechtsanspruch auf Vornahme des begehrten Verwaltungsaktes besteht, oder - mit anderen Worten - wenn die Nichtvornahme des erstrebten Verwaltungsaktes ein materielles Recht verletzt (EYERMANN/FRÖHLER, Anm. 88 a zu § 42; REDEKER/von OERTZEN, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Stuttgart 1965, Anm. 14 zu § 42; SCHUNCK/de CLERCK, Verwaltungsgerichtsordnung, Siegburg 1961, Anm. 3 b und 3 e zu § 42).

Vollstreckungsverhältnisses und dem Gewaltträger ausbrechen. Denn der Rechtsweg steht dem Unterworfenen ja nur dann offen, wenn ein Tun oder Unterlassen der Vollstreckungs- oder Vollzugsbehörde in die ihm vorbehaltene rechtlich geschützte Sphäre eindringt. Streitgegenstand ist das Verhalten des Gewaltträgers im Einzelfall, das vom Richter auf seine Rechtmäßigkeit, besser: Gerechtigkeit hin überprüft wird. Ziel dieser Rechtsschutzverfahren ist es, dem Unterworfenen gerecht zu werden, mag auch das umstrittene Verhalten zweckmäßig gewesen sein: Die Aufrechterhaltung der Anstaltsdisziplin etwa kann es gerechtfertigt erscheinen lassen, den Gefangenen mit einer exemplarischen Hausstrafe zu belegen; dennoch muß der Möglichkeit Rechnung getragen werden, daß die anstaltspräventive Zwecksetzung unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes überdehnt und demnach unrechtmäßig ist⁴⁷⁶. Ebenso wäre es sicher zweckmäßig, den Vollzug trotz Vollzugsuntauglichkeit des Verurteilten ohne Aufschub in einem Zeitpunkt einzuleiten, in dem die entsprechende Strafanstalt unterbelegt ist; aber gerecht wäre es nicht.

2. Maßregeln der Sicherung und Besserung

An der Vollstreckung der vorbeugenden Maßregeln des Erwachsenenstrafrechtes⁴⁷⁷ hat der Richter noch weniger Anteil als an der Strafvollstreckung. Die mit einer Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln vollstreckt der Staatsanwalt (§ 451 Abs. 1 StPO, § 5 Abs. 2 lit. d StVollstrO); die dem Amtsrichter

476 Vgl. OLG Nürnberg, Beschl. vom 8.3.1961, GA 1961, 247 (249 f).

477 Polizeiaufsicht (§§ 38, 39 StGB), vorbeugende Einziehung (§ 40 StGB), Unbrauchbarmachung (§§ 41, 42 StGB), Aberkennung der Eidesfähigkeit (§ 161 Abs. 1 StGB), Einweisung in ein Arbeitshaus (§ 42 d StGB), Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt (§ 42 b StGB), Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt (§ 42 c StGB), Sicherungsverwahrung (§ 42 e StGB), Untersagung der Berufsausübung (§ 42 l StGB), Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 42 n StGB). Vgl. MAURACH, AT, 748 ff.

nach den §§ 451 Abs. 3 StPO, 5 StVollstrO verbleibende Zuständigkeit erstreckt sich auf unbedeutendere sichernde Maßregeln wie die Unbrauchbarmachung⁴⁷⁸. Der Amtsrichter wird dabei verwaltend tätig⁴⁷⁹.

Auch bei der Vollstreckung und dem Vollzug vorbeugender Maßregeln kann es zu *R e c h t s s t r e i t i g k e i t e n* zwischen dem Gewaltunterworfenen und dem Gewaltträger kommen. Wird der Richter angerufen (§ 463 a Abs. 1 StPO⁴⁸⁰, §§ 23 ff EGGVG), so entscheidet er als Organ der Rechtsprechung im materiellen Sinne. Insoweit kann auf das oben⁴⁸¹ Ausgeführte verwiesen werden.

Gem. § 463 a Abs. 3 StPO i.V.m. § 462 StPO trifft das Gericht des ersten Rechtszuges die Entscheidungen, die nach Maßgabe der §§ 42 f bis 42 h, 42 l Abs. 4 und 42 n Abs. 7 StGB in der Phase der Maßregelvollstreckung notwendig sind. Hier stoßen wir auf gänzlich neue Funktionen, die nach jahrzehntelangen Reformkämpfen zwischen der "klassischen" und der "soziologischen" Schule durch das Gewohnheitsverbrechergesetz vom 24. 11.1933 geschaffen und dem Strafrichter übertragen wurden. Will man diese Aufgaben staatsrechtlich qualifizieren, so ist das Wesen der Maßregel selbst in die Betrachtung einzubeziehen.

Während überwiegender Auffassung nach die *S t r a f e* primär verschuldetes Unrecht ausgleichen soll⁴⁸² und die besernde Erziehung des Täters bzw. den Schutz der Öffentlichkeit vor der Gefährlichkeit des Täters als untergeordnete, ursprünglich wesensfremde Zwecke in sich aufnimmt, steht die vorbeugen-

478 Vgl. POHLMANN, Anm. V zu § 5.

479 Vgl. oben, 149.

480 Vgl. im einzelnen SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 1 zu § 463 a.

481 154 ff.

482 Vgl. oben, Fn. 194.

de M a ß r e g e l als "zweite Spur" strafrechtlicher Reaktionen ausschließlich im Dienst der Verbrechensprophylaxe⁴⁸³. Die Maßregel ist kein gerechtigkeitsbezogener Ausgleich des Unrechtes durch Übelszufügung, sondern Schutzmaßnahme zur Verhütung weiteren Unrechtes. Wie die Strafe knüpft sie zwar an vergangenes Unrecht an, aber nicht, um den Aktunwert mit der in den strafrechtlichen Tatbeständen umrissenen Wertordnung zu vergleichen und zu richten; sie versteht die Unrechthandlung vielmehr als S y m p t o m der akuten Gefahr, die von dem Täter ausgeht und im Interesse der kollektiven Rechtsgüter bekämpft werden muß. Die persönliche S c h u l d des Täters ist als Auswahl- und Bemessungsgrundlage irrelevant; ihre Stelle nimmt die p r ä v e n t i v e T ä t e r g e f a h r ein. Diese bestimmt den unpersönlichen, gesellschaftsdienlichen Zweck der Maßregel: Die Kontrolle des Lebenswandels durch Polizeiaufsicht, die Unbrauchbarmachung hochverräterischer oder unzüchtiger Darstellungen⁴⁸⁴, das Einschreiten gegen die Kleinkriminalität des Asozialen, den die Zucht des Arbeitshauses von seinem Hang zur Bettelei, Untätigkeit oder Prostitution befreien soll, die "Unschädlichmachung" des schwerkriminellen Gewohnheitsverbrechers, den die Sicherungsverwahrung von der Außenwelt abschneidet. Da die Maßregel ideologisch in gesellschaftlichen Ansprüchen wurzelt, muß sie - sobald sie das Ausmaß der Täterschuld überschreitet - die

483 MAURACH, AT, 748 ff; FREY, Verantwortung und Schuld oder der Zweckgedanke des Strafrechts?, in: Schuld, Verantwortung, Strafe, Zürich 1964, IX (XIX ff).

484 Die Zweckbestimmung dieser Maßregel gebietet es, wo möglich die gefährdenden Teile der Darstellung auszuscheiden und den Rest dem Berechtigten zu lassen (§ 41 Abs. 3 StGB), ferner, den Eigentümer entsprechend § 86 Abs. 2 StGB zu entschädigen (vgl. SCHÖNKE/SCHRÖDER, Anm. 11 und 13 zu § 42).

Gerechtigkeit des einzelnen Falles zurückdrängen⁴⁸⁵. Die manchmal erhobene Forderung, eine Proportionalität zwischen verschuldeter Straftat und Maßregel zu wahren⁴⁸⁶, widerspricht der Natur der Maßregel⁴⁸⁷, die sich ja um ein Verschulden des Täters gar nicht kümmert und dessen sittliche Verantwortlichkeit der Strafe überläßt. Gleichfalls sinnwidrig ist es, die Maßregel mit dem Deckmantel der individuellen Gerechtigkeit zu verbrämen, als ob die gesellschaftliche Notwendigkeit dem Schicksal des einzelnen Gemaßregelten gerecht werde⁴⁸⁸. Derlei Bemühungen erübrigen sich: Die Maß-

485 Der Unterschied zwischen Strafe und Maßregel wird gewöhnlich - auch von den Anhängern des monistischen Systems - dahin beschrieben, daß die Maßregel die Zweckmäßigkeit, die Strafe die Gerechtigkeit verkörpere: DAHM, Richtermacht und Gerichtsverfassung im Strafrecht, ZgesStW 101 (1941), 287 (293 ff); Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit, 22 f; WELZEL, Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, in: Probleme der Strafrechterneuerung, Festschrift für Eduard KOHLRAUSCH, Berlin 1944, 101 (114 f); Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., Berlin 1965, 224 f; WÜRTENBERGER, Über die Rechtsnatur der Bewährungshilfe im Strafrecht, MDR 1955, 9 (10); LANG-HINRICHSSEN, 52; FREY, Verantwortung, IX ff.

486 DÜNNEBIER, Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Maßregeln im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuchs, ZStrW 72 (1960), 32 (38): "... erträgliche Beziehung zur Schuld". Vgl. dagegen MAURACH, AT, 479; DREHER, Die Vereinheitlichung von Strafen und sichernden Maßregeln, ZStrW 65 (1953), 481 (486 ff); GUTJAHR, Das Monopol des Richters der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Verhängung echter Strafen, Diss., o.O. 1957, 4; FREY, Ausbau des Straffensystems?, ZStrW 65 (1953), 3 (6).

487 Die Gegner der Maßregel verurteilen gerade die Mißachtung der Schuld und Verantwortung des "freien Mannes", die "theoretische Brutalität des naturalistischen Standpunktes, als Rechtsgrund aller freiheitsentziehenden Maßnahmen reiche die gesellschaftliche Notwendigkeit aus" (Hellmuth MAYER, Strafrechtsreform für heute und morgen, Berlin 1962, 35, 42).

488 Vgl. MAURACH, AT, 479; Eberhard SCHMIDT, Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStrW 69 (1957), 359 (387 f); REIGL, Sinn der Strafe und Strafrechtsreform, ZStrW 73 (1961), 634 (636). In Verkehierung eines vielzitierten Satzes RADBRUCHs (Der Erziehungsgedanke, 157; Autoritäres oder soziales Strafrecht, in: Der Mensch im Recht, Göttingen 1957,

regel gründet in der Zweckmäßigkeitskomponente des Rechtes. Sie sichert besonders wertvolle, da strafrechtlich geschützte Rechtsgüter, und das allein soll sie schon hinreichend rechtfertigen, wenn sie sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bewegt. Ihre Gerechtigkeit erschöpft sich darin, das sachlich erträglichste und zeitlich beschränkteste Mittel zum prophylaktischen Zweck zu sein⁴⁸⁹.

Die beunruhigende Tatsache, daß die Praxis des Maßregelvollzuges diesem unabhängigen Mindestgebot der Gerechtigkeit nicht nachkommt⁴⁹⁰, ist bekannt⁴⁹¹ und leider nicht da-

63 (71)) sieht es zuweilen so aus, als habe das Strafrecht mit der Maßregel sein "gutes Gewissen verloren", wenn es die Maßregel unter allen Umständen auf den Schild der Gerechtigkeit heben will.

489 So versteht denn auch MAURACH, AT, 479, den Gerechtigkeitsbezug der Maßregel. Vgl. weiter STREE, 217 ff, 224 ff.

490 Kürzlich entschied das OLG Hamm, Beschl. vom 6.10.1966, NJW 1967, 217 (217/218), der Sicherungsverwahrte habe keinen Anspruch darauf, über das Wochenende mit seiner Frau unter Ermöglichung des ehelichen Verkehrs in einer Zelle zusammenzuleben. Die Entscheidung kann zur Zeit als pars pro toto iurisdictione gelten. Geht man vom Zweck der Sicherungsverwahrung aus, so ist unerfindlich, wie der Sicherungsverwahrte durch das Zusammenleben mit seiner Ehefrau die Öffentlichkeit gefährden könnte. Im Gegenteil trägt die Aufrechterhaltung familiärer Beziehungen - dazu gehört nun einmal der eheliche Verkehr - dem Resozialisierungsgedanken Rechnung. Kein Arzt, kein Psychologe würde das bestreiten. Die Justiz geht darüber hinweg, weil es die Vollzugsverhältnisse nicht zulassen, die Maßregel wirklich als Maßregel zu vollziehen. Die Praxis versetzt den Richter in die - man darf wohl sagen - peinliche Situation, aus der Maßregel eine Strafe zu machen, ohne die Maßregel theoretisch aufzugeben. So liest man also, die Sicherungsverwahrung diene nicht wie die Gefängnis- oder Zuchthausstrafe dazu, begangenes Unrecht zu sühnen; sie verfolge "in erster Linie" den Zweck, die Allgemeinheit ... zu schützen. Sie müsse aber in Anbetracht des Täterkreises der Sicherungsverwahrten streng vollzogen werden. Im übrigen habe der Sicherungsverwahrte die Störung der ehelichen Lebensgemeinschaft selbst verursacht und bei Begehung der Straftaten regelmäßig in Kauf genommen. - Diese und ähnliche Wendungen machen die sichernde Maßregel verdächtig, Sicherungsstrafe zu sein. Gewiß ist, daß nicht - wie das OLG abschließend begründet - die Rechtslage, sondern die Sachlage zu solchen Entscheidungen nötigt.

491 KOHLRAUSCH brandmarkte die Sicherungsverwahrung auf der

durch aus der Welt zu schaffen, daß man sie zu Papier bringt. Dogmatisch trägt sie den Keim mancher Inkonsistenzen in sich, so vor allem das Bestreben, die freiheitsentziehende Maßregel vor der Freiheitsstrafe zu vollziehen und gegebenenfalls auf die Strafzeit anzurechnen ("Einspurigkeit im Vollzug")⁴⁹². Daß man damit eine Kompensationsfähigkeit inkommensurabler Größen schlicht unterstellt⁴⁹³, liegt auf der Hand; weil aber der nachträgliche Vollzug der Maßregel **f a k t i s c h** auf eine Kumulierung der Strafe hinausläuft, ist es angebracht, allen dogmatischen Bedenken zum Trotz die Maßregel auch wie eine Strafe zu behandeln⁴⁹⁴. Den **p r i n z i p i e l l e n** Unterschied zwischen Strafe und Maßregel vermögen derartige Konzessionen aber nicht zu verwischen.

Der Richter nimmt bei der Anordnung der Maßregel dem Wesen der Maßregel entsprechend eine grundlegend andere Stellung ein

Wiesbadener Juristentagung 1947 als "Etikettenschwindel"; vgl. DRZ 1947, 27 (27). Vgl. dazu auch MAURACH, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), 3. Teil A, Tübingen 1960, 19; DREHER, Die Vereinheitlichung, 484 ff (486); DÜNNEBIER, 37/38.

⁴⁹² Vgl. z.B. die §§ 92 StGB E 1959 I, 87 StGB E 1960, 87 StGB E 1962, 77 StGB AE; BRUNS, Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen strafrichterlicher Auflagen und Weisungen, GA 1959, 193 (196); Eberhard SCHMIDT, Kriminalpolitische Probleme, 392 f; FREY, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Teil E, 3. Abteilung, Tübingen 1962, E 25 (E 37); DÜNNEBIER, 36 f. Dogmatische Einwände gegen das Vikariieren machen geltend: BOCKELMANN, Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil, Berlin 1940, 11 f; MAURACH, Die kriminalpolitischen Aufgaben, 17 ff; SCHRÖDER, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Teil E, 3. Abteilung, Tübingen 1962, E 3 (E 8); WELZEL, Strafrecht, 225.

⁴⁹³ MAURACH, Die kriminalpolitischen Aufgaben, 20.

⁴⁹⁴ Der StGB AE spricht das unumwunden aus. Er bleibt grundsätzlich bei dem Nebeneinander von Strafe und Maßregel und vikariert, um den Täter nicht doppelt zu bestrafen; vgl. Vorbem. zu §§ 66-77.

als bei der Strafzumessung. Beide Funktionen unterscheiden sich sowohl durch ihren Anlaß als auch in ihrer Struktur und Ausrichtung. Der Schein ihrer Gleichartigkeit, der vom einheitlichen (Vor- und) Hauptverfahren und vom unabhängigen r i c h t e r l i c h e n Funktionsträger ausgeht, trügt. Zuzugeben ist, daß die S t r a f t a t beiden Funktionen den äußerlichen Anstoß gibt. Im Strafverfahren jedoch entwickelt sich die richterliche Tätigkeit in entgegengesetzter Richtung; außerdem hat die Straftat für die Strafzumessung eine sachlich notwendige, für die Maßregelanordnung eine nur formale Bedeutung.

Bei der vergeltenden Strafzumessung haftet der Richter am strafbaren Sachverhalt. Was vergolten werden soll, liegt abgeschlossen in der V e r g a n g e n h e i t und ist durch nichts und niemanden mehr zu ändern oder gar zu beseitigen. Die Einmaligkeit des rechtsverletzenden Verhaltens zwingt den Richter zur Rückschau; ihn interessiert nicht, was sein wird, sondern was gewesen ist.

Bei der Anordnung der Maßregel sieht sich der Richter infolge der erwiesenen Gefährlichkeit des Täters veranlaßt, dessen künftiges Verhalten zu prognostizieren. Die in der Z u - k u n f t zu erwartende soziale Haltung des Delinquenten entscheidet über Art und Dauer der Maßregel. Fallen freiheitsentziehende Maßregel und Freiheitsstrafe zusammen, so hat es auf die Qualität der maßregelnden Funktion keinen Einfluß, ob der Richter bei seiner Vorausschau auf die Einstellung des Straffälligen nach Verbüßung der Freiheitsstrafe oder - wie es das System des Vikariierens mit sich bringt - nach Verurteilung abstellt: Die Verschiebung des Prognosezeitpunktes in die Gegenwart läßt den Charakter der Maßregel unberührt⁴⁹⁵, da sie den Richter nicht von der P r o g n o s e befreit. Den Richter interessiert in jedem Fall, was sein wird, und nur diagnostisch, was war.

495 DÜNNEBIER, 36, erblickt darin eine Annäherung der Maßregel an die Strafe. Er läßt außer Acht, daß die Strafe - soweit sie vergilt - vergangenes Unrecht betrifft, auch wenn sie in der Gegenwart verhängt wird.

Das Stichwort "diagnostisch" beleuchtet die Stellung des maßregelnden Richters von einer anderen Seite. Die Straftat bedeutet dem Richter, der eine Maßregel anordnet, nicht strafwürdiges Übel, sondern Merkmal sozialkranker Gesinnung, die zu bessern bzw. vor der zu schützen ist. Weil die Resozialisierung des Täters bei den meisten Maßregeln im Vordergrund steht - der bloße Gemeinschaftsschutz ist das letzte Mittel, dessen sich der Staat im Interesse der Gesellschaft bedienen darf⁴⁹⁶ -, obliegt dem Richter eine g e s t a l t e n d e Aufgabe. Er löst sie auf der Grundlage einer sozialen Diagnose der Täterpersönlichkeit, ohne sich dabei auf die mit Strafe bedrohte Handlung zu beschränken. Die Straftat selbst wird zwar - neben weiteren Momenten - als Symptom ausgewertet, da sie die akute Gefährlichkeit des Täters indiziert, ist aber ansonsten nichts mehr als formale Voraussetzung der zwangsweisen Behandlung des Unsozialen. Sie könnte entfallen, ohne daß sich die maßregelnde Funktion inhaltlich ändern würde. In der Tat kommt die Maßregel de lege lata schon ohne strafbare Handlung aus, da sie auch dann angeordnet wird, wenn eine Handlung mangels Verschuldens nicht bestraft werden kann⁴⁹⁷.

Der strafende Richter betrachtet den Täter als intakte Persönlichkeit. Er respektiert ihn als mündiges, gleichberechtigtes S u b j e k t neben den Mitgliedern der Gemeinschaft und erkennt über den streitigen Strafanspruch der Gemeinschaft, weil der Täter wie die anderen Gemeinschaftsmitglieder Rechte

496 MAURACH, AT, 749 f, stellt klar, daß der Unterschied zwischen "bessernden" und "sichernden" Maßregeln lehrmäßig unhaltbar ist, da die Maßregel i m m e r die Sicherung der Gesellschaft vor dem als gefährlich erkannten Täter bezweckt, selbst dann, wenn das Gesetz das Wohl des Täters berücksichtigt. Der Weg über die Resozialisierung ist deswegen vorzuziehen, weil er die Menschenwürde stärker beachtet, ohne den Sicherungszweck aus den Augen zu verlieren. Allein dieser Zweck verschafft dem Staat die Legitimation, so drakonisch zu "bessern". Für eine Maßregelerziehung um des Erziehens und des wohlerzogenen Menschen willen - l'art pour l'art - gibt das Recht keine seiner Stützen ab.

497 §§ 42 b Abs. 1, 42 m Abs. 1 StGB.

und Pflichten innehat, um die im Fall der Pflichtverletzung gestritten werden kann. Indem der Richter neutral über den Rechts- und Pflichtenbestand Gleichberechtigter entscheidet, gesteht er den Beteiligten - also auch dem Täter - Rechte und Pflichten, Willensfreiheit und Streitfähigkeit ideell zu. Aus dem Zugeständnis der Gleichberechtigung resultieren die akkusatorische Position des Staatsanwaltes und die kontradiktorische Ausformung der Hauptverhandlung⁴⁹⁸. Der maßregelnde Richter dagegen behandelt den Täter als versehrte Persönlichkeit, deren gesellschaftliche Mündigkeit in Zweifel gezogen werden muß. Ziel seiner Maßnahmen ist es, den Delinquenten durch sozialtherapeutische Einwirkung zum verantwortlichen, gleichberechtigten Mitglied der Gemeinschaft zu machen oder notfalls von der Gemeinschaft auszuschließen. Dieser Zweck strahlt auf die psychologische Situation der Verfahrensbeteiligten und - noch allzu undeutlich - auf das Verfahrensrecht aus: Der "Angeklagte", der entwöhnt, erzogen, untersucht und behandelt werden soll, wird zum Objekt gesellschaftlicher Interessen, vor denen seine Interessen zurücktreten müssen. Der Richter, der nichts mehr zu beurteilen⁴⁹⁹, und der Staatsanwalt, der nichts mehr anzuklagen⁵⁰⁰ hat, kollaborieren als Sachwalter der Gesellschaft, die dadurch auch prozeßpsychologisch ein Übergewicht über den Einzelnen erhält. Die richterliche Stellung gewinnt an inquisitorischen Zügen⁵⁰¹.

498 GÄRTNER, 83 f; vgl. AMELUNXEN, Die Stellung des Richters im künftigen Strafprozeß, DRiZ 1962, 188 (188).

499 Obwohl die Maßregel im Urteil ausgesprochen wird (§ 260 Abs. 1 Satz 2 StPO), verurteilt das Gericht nicht zu einer Maßregel; es ordnet sie an (§§ 42 b Abs. 1 Satz 1, 42 c, 42 d Abs. 1, 42 e StGB), untersagt (§ 42 l Abs. 1 StGB) usw.

500 Der Staatsanwalt verliert hinsichtlich der Maßregel seine Eigenschaft als Ankläger. Die anzuwendende Maßregel erscheint - entgegen dem Wortlaut des § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO - in der Anklageschrift, um dem Angeeschuldigten die Möglichkeit zu geben, sich darauf einzurichten. Im Sicherungsverfahren beantragt der Staatsanwalt die Maßregel (§ 429 a StPO).

501 GÄRTNER, 84 ff.

So entscheidet der maßregelnde Richter weder einen **R e c h t s s t r e i t**, weil er sich mehr mit den Zwecken der Gesellschaft als mit den materiellen Rechten der Betroffenen beschäftigt, noch **e n t s c h e i d e t** er überhaupt, weil seine Tätigkeit kein Akt neutraler Erkenntnis des Gerechten, sondern gestalterische Verfolgung kriminalpolitischer Ziele ist. Der Richter wandelt sich zum verwaltungsmäßig arbeitenden Sozialbeamten im Dienst fürsorgerischer und sichern-der Schadensverhütung. Sobald er eine Maßregel erwägt und anordnet, verläßt er seinen angestammten Funktionsbereich, um zu verwalten⁵⁰².

Von der **A n o r d n u n g** der Maßregel bis zu den Funktionen, die die angeordnete Maßregel **n a c h s i c h z i e h t**, ist es ein nur zeitlicher, kein sachlicher Sprung. Der Resozialisierungs- und Sicherungszweck erfordert ein Hinauswirken über die Hauptverhandlung⁵⁰³: Wie die stationäre oder ambulante medizinische Behandlung setzt die sozialhygienische Therapie erst nach der Diagnose ein. Die Rolle des Oberarztes übernimmt der Richter. Er ordnet die bedingte Entlassung aus der Unterbringung an, wenn der Zweck der Unterbringung seiner Meinung nach erreicht ist⁵⁰⁴; er kann den bedingt Entlassenen gleich einem Rekonvaleszenten Auflagen er-

502 DAHM, Richtermacht, 295 ff; Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit, 22; WELZEL, Begriff des Strafgesetzes, 115 ff; RADBRUCH, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl., Stuttgart 1952, 147/148; SCHRÖDER, Grenzen des strafrichterlichen Ermessens, 66; GASSIN, 244/245; Hellmuth von WEBER, Zur Reform des akademischen Disziplinarrechts, DVBl 1958, 297 (297); BRUNS, Rechtsgrundlage, 204; LANG-HINRICHSSEN, Die kriminalpolitischen Aufgaben, 9 ff; DÜNNEBIER, 38; LEFRINGHAUSEN, 177 f. Eberhard SCHMIDT, Eröffnungsansprache auf der Tagung der Arbeitsgemeinschaft zur Reform des Strafvollzuges in Wolfenbüttel am 5. April 1951, ZStrW 64 (1952), 1 (6), bezeichnet die maßregelnde Funktion vorsichtig als "Bestimmung strafrechtlicher Unrechtsfolgen", offenbar in dem Wunsch, sie der "Rechtspflege" zu erhalten, der sie "materiell" angehöre.

503 AMELUNXEN, 191; GÄRTNER, 84.

504 § 42 f Abs. 3 und Abs. 4 StGB.

teilen⁵⁰⁵, um ihn außerhalb der Anstalt unter Kontrolle zu behalten und in die Gesellschaft wiedereinzugliedern. Zeigt der Entlassene durch sein Verhalten in der Freiheit, daß der Zweck der Maßregel seine erneute Unterbringung nahelegt, muß der Richter die bedingte Entlassung widerrufen⁵⁰⁶. Der Richter hebt die Untersagung der Berufsausübung bedingt auf, wenn von dem derart Gemaßregelten voraussichtlich keine Gefährdung Dritter mehr ausgeht⁵⁰⁷. Besteht Grund zu der Annahme, daß der Verkehrsteilnehmer, dem die Fahrerlaubnis entzogen wurde, wieder zur Führung eines Kraftfahrzeuges reif ist, so kann der Richter die von ihm bestimmte Sperre vorzeitig aufheben⁵⁰⁸.

Der Katalog richterlicher Maßnahmen und Entscheidungen, die nach der Maßregelanordnung ergehen und zum Teil selbst wiederum Vollstreckungs- und Vollzugstätigkeiten bedingen, ist somit recht umfangreich. Er soll demnächst noch verfeinert werden⁵⁰⁹. So begrüßenswert diese Entwicklung ist - ein grobschlägiges Maßregelrecht entfremdet die Maßregel ihrem Zweck und ihrer ohnehin überbeanspruchten Gerechtigkeit -, so wenig täuscht sie darüber hinweg, daß die gesamten Aufgaben der Verbrechensprophylaxe verwaltender Natur sind⁵¹⁰. Der Gesetzgeber hat und wird dem Richter zwar die wichtigsten, aber eben a d - m i n i s t r a t i v e Funktionen übertragen.

505 § 42 h Abs. 1 Satz 2 StGB.

506 § 42 h Abs. 1 Satz 3 StGB.

507 § 42 l Abs. 4 StGB.

508 § 42 n Abs. 7 StGB.

509 Vgl. beispielsweise die §§ 66-77 StGB AE und die Vorbem. dazu. Einen systematischen Überblick gewährt die Übersicht im Anhang des Entwurfes.

510 Vgl. die Belegstellen in Fn. 502. Da sich das Maßregelrecht elastisch den jeweiligen Zwecken, Erfolgen und Mißerfolgen der Maßregel anpaßt, durchbricht es das Rechtskraftprinzip ungleich häufiger als das Strafrecht. Wo das Recht auf die Ungewißheit hypothetischer Ereignisse angewiesen ist, bleibt der Rechtssicherheit weniger Raum. Vgl. oben, 141, und dort Fn. 467; GASSIN, 261 ff; DALLINGER/LACKNER, Anm. 1 zu § 11 (für die nachträgliche Änderung jugendrichterlicher Weisungen).

Gleiches gilt für die pädagogischen Tätigkeiten, die mit der "Vollstreckung" der Erziehungsmaßnahmen⁵¹¹ und Zuchtmitteln⁵¹² des Jugendstrafrechtes anfallen. Zu erwähnen sind an dieser Stelle die nachträgliche Änderung von Weisungen⁵¹³ und die erzieherischen Aufgaben des Vollstreckungs- und Vollzugsleiters⁵¹⁴.

Im Gegensatz zu den besonderen Pflichten, die dem Jugendlichen sein Unrecht bewußt machen sollen, haben die jugendrichterlichen Weisungen den Sinn, die Lebensführung des Jugendlichen positiv zu regeln⁵¹⁵. Stellen sich die Weisungen als Erziehungsmaßnahmen dar, so können die Akte, die angeord-

511 Erteilung von Weisungen, Erziehungsbeistandschaft, Fürsorgeerziehung (§ 9 JGG).

512 Verwarnung, Auferlegung besonderer Pflichten, Jugendarrest (§ 13 Abs. 2 JGG). Der Jugendarrest enthält gleichermaßen strafende und erziehende Elemente (vgl. oben, Fn. 427). Bei den Zuchtmitteln der Verwarnung und der Auferlegung besonderer Pflichten überwiegt die erzieherische Zielsetzung, auch wenn sie nach h.L. ihren Rechtsgehalt aus Tat und Schuld beziehen (MAURACH, AT, 775; vgl. weiter HELLMER, Erziehung und Strafe, Berlin 1957, 234 ff; SCHAFFSTEIN, Jugendstrafrecht, Stuttgart 1959, 88 ff; DALLINGER/LACKNER, Anm. 1-4 zu § 13; WELZEL, Strafrecht, 245; GRETHLEIN, Anm. 3 c zu § 5). Überschlägig darf man festhalten, daß die Erziehungsmaßnahmen in Gestalt der Zuchtmittel in die Jugendstrafe übergehen. Die Zuchtmittel sind - ausnahmsweise einmal - echte, d.h. teils erzieherische, teils strafende Mischsanktionen, deren Zumesung folglich dem Richter zustehen muß.

513 § 11 Abs. 1 JGG. Schon der Weisung folgen u.U. nachträgliche, "vollstreckende" Akte, etwa dann, wenn der Jugendrichter einen Besinnungsaufsatz verlangt (Weisung; vgl. DALLINGER/LACKNER, Anm. 21 zu § 10), entgegennimmt, liest und bespricht ("Vollstreckung").

514 §§ 82 Abs. 1, 90 Abs. 2 Satz 2 JGG. Ein wesentliches Erziehungsmittel im Arrestvollzug ist die persönliche Aussprache des Jugendrichters mit dem Jugendlichen (Nr. 5 JAVollzO).

515 Vgl. Richtlinien zum JGG, in: RIEDEL, GT 2, 4; DALLINGER/LACKNER, Anm. 1-3 zu § 10; Anm. 1 zu § 15; GRETHLEIN, Anm. 1 a und b zu § 10; POTRYKUS, Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, Nürnberg und Düsseldorf 1952, Bem. 1 zu § 12.

nete Weisungen beseitigen oder abändern, nichts anderes sein. Ihren pragmatischen Charakter kennzeichnet das Gesetz dadurch, daß es sie an veränderte Erziehungsbedürfnisse koppelt.

Die durchweg pädagogischen Funktionen des Vollstreckungs- und Vollzugsleiters hat der Gesetzgeber materiell richtig eingestuft und der (Justiz-) Verwaltung zurückgegeben⁵¹⁶.

Die jugendrichterliche Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren⁵¹⁷ schließlich sollen im Zusammenhang mit der Strafaussetzung zur Bewährung erörtert werden.

3. Strafaussetzung zur Bewährung

Das Rechtsinstitut der Strafaussetzung zur Bewährung^{518.519} stellt den Richter erneut vor Aufgaben, die zeitlich im Stadium der Vollstreckung des Strafurteils liegen. Der Richter vollstreckt zwar keine Freiheitsstrafe, übernimmt aber Funktionen, die an die Stelle der Strafvollstreckung treten. Trotz einiger Vorbehalte, die sich vielleicht aus dem Wesen dieser Funktionen ergeben, ist es darum gar nicht so abwegig, den Richter insoweit als "Vollstreckungsbehörde" anzusprechen⁵²⁰.

Der Strafrichter ist für annähernd alle Entscheidungen und Maßnahmen zuständig, die die zur Bewährung ausgesetzte Strafe oder die vergleichbaren Einrichtungen des Jugend-

516 Vgl. oben, 151, und da Fn. 454.

517 Vgl. § 83 JGG.

518 Die verwandten Rechtsgebilde werden in den Begriff eingeschlossen.

519 Das JGG spricht korrekter von der Aussetzung der Vollstreckung der (Jugend-) Strafe (vgl. die §§ 20, 21 JGG). Den Verfechtern einer strikten "sachlich"-begrifflichen Trennung von vollstreckenden und vollziehenden Aufgaben müßte selbst diese Sprachweise ein Dorn im Auge sein. Das Gesetz verschweigt nämlich, daß auch der Vollzug der Freiheitsstrafe ausgesetzt wird.

520 Vgl. SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, II, Anm. 2 a zu § 453.

strafrechtes zur Folge haben. Seine Kompetenzen reichen bis zur praktischen Sozialarbeit am Probanden, der Domäne des Bewährungshelfers, und es sind wohl kaum s t a a t s r e c h t - l i c h e Skrupel, die den Gesetzgeber davon abhielten, den Strafrichter auch noch mit den Tätigkeiten des Bewährungshelfers zu betrauen.

Im einzelnen handelt es sich um nachstehende Funktionen: Die nachträgliche Belehrung des Verurteilten⁵²¹, die nachträgliche Anordnung, inhaltliche Änderung oder Aufhebung von Auflagen⁵²² und die Gestaltung des jugendrichterlichen Bewährungsplanes⁵²³, die Verkürzung oder Verlängerung der Bewährungszeit⁵²⁴, die Überwachung der Lebensführung und der Erfüllung der Auflagen des Verurteilten in Verbindung mit der Bestellung, Abberufung und Beaufsichtigung des Bewährungshelfers⁵²⁵, der Straferlaß bei Bewährung des Verurteilten⁵²⁶, die Anordnung beschränkter Auskunfterteilung⁵²⁷, der Widerruf der Strafaussetzung⁵²⁸, die bedingte oder unbedingte Entlas-

521 § 453 a StPO; § 60 Abs. 1 Satz 4 JGG.

522 §§ 23 Abs. 3 StGB, 453 Abs. 1 Satz 1 StPO; §§ 23 Satz 2, 58 Abs. 1 Satz 1 JGG.

523 § 60 Abs. 1 Satz 4 JGG. Das Gesetz läßt offen, wann der Bewährungsplan aufzustellen ist. Häufig arbeitet der Jugendrichter den Bewährungsplan auf der Grundlage des Erstberichtes des Bewährungshelfers aus, so daß auch diese Tätigkeit in die Phase der "Vollstreckung" fällt. Vgl. DALLINGER/LACKNER, Anm. 7 zu § 60.

524 §§ 24 Abs. 4 Satz 3 StGB, 453 Abs. 1 Satz 1 StPO; §§ 22 Abs. 1 Satz 2, 58 Abs. 1 Satz 1 JGG.

525 §§ 24 a StGB, 453 b StPO; §§ 24 Abs. 1 und Abs. 2, 25 JGG.

526 §§ 25 Abs. 1 Satz 1 StGB, 453 Abs. 1 Satz 1 StPO; §§ 26 Abs. 1, 58 Abs. 1 Satz 1 JGG.

527 §§ 25 Abs. 1 Satz 2 StGB, 453 Abs. 1 Satz 1 StPO.

528 §§ 25 Abs. 2 StGB, 453 Abs. 1 Satz 1 StPO; §§ 26 Abs. 2, 58 Abs. 1 Satz 1 JGG.

sung⁵²⁹ nebst den damit zusammenhängenden Aufgaben (Auflagenerteilung, Bewährungsaufsicht, Straferlaß, Widerruf, Umwandlung der zeitlich unbestimmten in eine zeitlich bestimmte Jugendstrafe)⁵³⁰, endlich die Funktionen, die an die Jugendstrafe anknüpfen, deren *V e r h ä n g u n g* ausgesetzt wurde (Probation)⁵³¹, also die nachträgliche Gestaltung der Auflagen und des Bewährungsplanes, die richterlichen Aufgaben der Bewährungsaufsicht⁵³² sowie - zwei Besonderheiten - die nachträgliche Verhängung der Jugendstrafe⁵³³ und die Tilgung des Schuldspruches⁵³⁴.

Über die rechtliche Natur der Strafaussetzung zur Bewährung herrscht Streit. Ihre eigentümliche Kombination von unbedingt verhängter Freiheitsstrafe bzw. unbedingtem Schuldspruch, bedingt drohender Vollstreckung der verhängten bzw. zu bildenden Freiheitsstrafe und vielfältigen, die aktive Mitarbeit des Verurteilten anregenden Resozialisierungsmaßnahmen brachte eine bunte Skala von Ansichten zur Diskussion. Still geworden ist es lediglich um die anfangs vertretene Meinung, die Anordnung der Strafaussetzung zur Bewährung sei ein

529 §§ 26 Abs. 1 StGB, 454 Abs. 1 Satz 1 StPO; §§ 87 Abs. 3 Satz 1, 88 Abs. 1, 89 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 1 JGG. Die endgültige Entlassung unter Verzicht auf Bewährungsaufsicht und Androhung späteren Widerrufs (§§ 87 Abs. 3 Satz 1, 89 Abs. 4 Satz 1 JGG) paßt an sich nicht in das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung (DALLINGER/LACKNER, Anm. 12 zu § 89). Sie mag kriminalpolitisch bedenklich sein, weist jedoch keine *f u n k t i o n e l l e n* Abweichungen auf, da sie - wie die bedingte Entlassung - von prognostischen Erwägungen getragen wird (DALLINGER/LACKNER, a.a.O.; GRETHLEIN, Anm. 2 b zu § 89; Anm. 2 c zu § 88).

530 §§ 26 Abs. 3 StGB, 454 Abs. 3 StPO; §§ 88 Abs. 5, 89 Abs. 2 JGG.

531 §§ 27 ff JGG.

532 § 29 JGG.

533 § 30 Abs. 1 Satz 1 JGG.

534 § 30 Abs. 2 JGG.

Gnadenakt⁵³⁵: Die Aussetzung der Vollstreckung soll nicht der Härte einer ungerechten oder unzweckmäßigen Strafe entgegenwirken, sondern - bei günstiger Prognose - die Erziehung in der und zur Freiheit einleiten⁵³⁶. Wenig Probleme wirft die Frage nach dem Wesen der Strafaussetzung zur Bewährung bei den Monisten auf, die ja die strafrechtlichen Unrechtsfolgen als Einheit begreifen. Ihre Stellungnahmen ergeben - mit wechselndem Akzent - das Bild einer Mischsanktion, die aus strafenden und erziehenden Elementen besteht⁵³⁷. Hält man hingegen an dem System der Zweispurigkeit fest, so muß man sich der Mühe unterziehen, die Strafaussetzung zur Bewährung auf Bestandteile der Strafe und der Maßregel hin zu prüfen. Die - mitunter in sich widersprüchlich begründeten - Ergebnisse der Lehre und der Rechtsprechung gehen weit auseinander: Einmal wird die Strafaussetzung zur Bewährung als spezielle Straf-

- 535 JUNKER, Über Gnadenwesen, insbesondere über den Beauftragten für Gnadensachen und über die bedingte Strafaussetzung (bedingten Straferlaß) durch die Gerichte, ZStrW 63 (1951), 428 ff (434); MEISTER, Mängel der neuen §§ 23 ff. StGB, DRiZ 1953, 218 f; NOLDECKE, Zur Neuregelung des Gnadenrechts, ZJBl 1949, 43 (45).
- 536 Vgl. von LISZT, Bedingte Verurteilung und bedingte Begnadigung, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, III. Band, Berlin 1908, 1 (59); Eberhard SCHMIDT, Eröffnungsansprache, 5 ff; NÜSE, Zum Entwurf eines Strafrechtsbereinigungsgesetzes, JR 1952, 423 (424); LACKNER, Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung, JZ 1953, 428 (428); MAURACH, AT, 742; EHRHARDT, 218; ULSAMER, 24 ff. Wie die von LISZTschen Reformpläne in Deutschland über den Umweg des Gnadenrechtes Eingang in das Strafrecht fanden, schildert ULSAMER, 10 ff.
- 537 Eberhard SCHMIDT, Eröffnungsansprache, 7 f; DÜNNEBIER, 33; Karl PETERS, Grundsätzliches über Erziehung und Strafe, in: Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe, Stuttgart 1961, 62 (67 ff), und mit ihm DEMSKI, Die Stellung des Richters bei der Anordnung der Bewährungsaussetzung nach den §§ 23, 24, 24 a StGB, Diss., o.O. 1955, 88 ff; wohl auch JAGUSCH, Über die Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 23 - 25 StGB), JZ 1953, 688 (688 ff); VRIJ, L'influence de la Criminologie, 288 ff.

art⁵³⁸, ihre Festsetzung als Akt richterlicher Strafzumessung⁵³⁹ verstanden, ein andermal soll sie eine Modifikation der Strafe im Vollzug⁵⁴⁰ oder in der Vollstreckung⁵⁴¹ sein. Eine beachtliche Minderheit bezeichnet sie als maßregelähnliche Anordnung⁵⁴². Neuerdings dringt eine Lehrmeinung vor, die das Schwergewicht auf die Auflagen der §§ 24 StGB, 23 JGG legt und von daher die bedingte Strafaussetzung als neues, selbständiges kriminalpolitisches Reaktionsmittel, als "dritte Spur" neben Strafe und Maßregel ansieht⁵⁴³.

538 WELZEL, Strafrecht, 229; JESCHECK, Die Konkurrenz, ZStrW 67 (1955), 529 (550); MITTELBACH, Die Strafaussetzung zur Bewährung durch den Richter, JR 1955, 5 (5 ff); Die bedingte Entlassung (§ 26 StGB) JR 1956, 165 (166 ff); SCHRÖDER, Bedingte Verurteilung, 9 f; CÜPPERS, Bemerkungen zum Entwurf des 3. Strafrechtsänderungsgesetzes (Strafrechtsbereinigungsgesetz), NJW 1952, 993 (993); SIEVERTS, Zur Notwendigkeit und Gestaltung der Gerichtshilfe im allgemeinen Strafverfahren, MSchrKrim 1953, 129 (155); REIGL, 640; HELLMER, Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der Schlechterstellung, JZ 1956, 714 (714 f); KIRSCH, Inhalt und Grenzen jugendrichterlicher Auflagen, Diss., Heidelberg 1961, 85 f; REH, Anmerkung zum Beschluß des OLG Köln vom 1.2.1953, NJW 1954, 484 (484 f). REH, a.a.O., nimmt die bedingte Entlassung aus und betrachtet sie als "Vollzugsakt", der die Strafzumessung korrigiere.

539 MAASSEN, Erste Zweifelsfragen zum Strafrechtsbereinigungsgesetz, MDR 1954, 1 (2 f); DALLINGER, Gerichtsverfassung und Strafverfahren, II. Teil, JZ 1953, 432 (435); NÜSE, 424, 426; SCHÄFER in DALCKE/FUHRMANN/SCHÄFER, Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., Berlin 1961, § 23 c; BGHSt, Urt. vom 16.12.1954, BGHSt 7, 180 (184 f); Urt. vom 13. 10.1955, JZ 1955, 101 (101).

540 REH, 484 f. Vgl. dazu STREE, 140 f.

541 SCHÖNKE/SCHRÖDER, Anm. 4 zu § 23; Anm. 2 zu § 26; KRUSE, 45/46 (für die bedingte Entlassung); MEZGER/BLEI, Strafrecht I, 11. Aufl., München und Berlin 1965, 332. ECKELS, Strafaussetzung zur Bewährung und Gesamtstrafenbildung, NJW 1954, 1672 (1672 f), spricht sich für einen "gnadenähnlichen" Vollstreckungsakt aus.

542 MAURACH, AT, 742; Armin KAUFMANN, Die Strafaussetzung zur Bewährung und das Verbot der reformatio in peius, JZ 1958, 297 (298); LEFRINGHAUSEN, 178; einschränkend SCHWARZ/DREHER, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., München und Berlin 1966, Anm. 1 zu § 23. Auch die Anhänger der Einspurigkeit heben den resozialisierenden Charakter des Institutes hervor; vgl. Eberhard SCHMIDT, Eröffnungsansprache, 7; JAGUSCH, 688, und dort Fn. 8; DREHER, Die Vereinheitlichung, 493; Karl PETERS, Grundsätzliches, 67 ff.

543 BRUNS, Rechtsgrundlage, 200; Zur rechtsdogmatischen Proble-

Schon diese flüchtige Darlegung des Streitstandes erhellt, daß von einer übereinstimmenden oder herrschenden Meinung keine Rede sein kann. Im Gegenteil erschöpft die in Anlehnung an MAURACH⁵⁴⁴ vorgenommene Klassifizierung die unterschiedlichen Ansichten nur mangelhaft. Sie muß ungenau sein, weil über die maßgeblichen Kriterien der Wesensbestimmung des S t r a - f e n s keine Einigkeit besteht. Wenn etwa gesagt wird, die Strafaussetzung zur Bewährung sei eine Modifikation der Strafe in der Vollstreckung oder - was unseres Erachtens sachlich auf das Gleiche hinausläuft - im Vollzug, so verbirgt dieses Resultat eine Reihe von Konstruktionsmöglichkeiten dazu, w i e und w o r i n die Strafe modifiziert wird: Wandelt der Richter die Strafe in ein wesensgleiches minus oder gar in ein aliud um, oder behält die Strafe ihren vergeltenden Charakter unverändert bei, obschon sie auf andere Weise als durch Entzug der Freiheit vollstreckt wird? Ist darauf eine Antwort gefunden, so bleibt weiter fraglich, ob damit die der Aussetzung f o l g e n d e n richterlichen Akte - der Erlaß der Strafe, die Änderung einer Weisung z.B. - ebenfalls beschrieben sein sollen. Läßt sich überhaupt das Institut der bedingten Strafaussetzung mit allen seinen rechtlichen Nebenerscheinungen pauschal als modifizierte Strafe oder als Abart der Maßregel oder als "dritte Spur" des Strafrechtes charakterisieren?

Gegenstand dieser Untersuchung sind gerade die Tätigkeiten, die der Richter n a c h der Aussetzung vornimmt. Hier dürfte es deshalb methodisch unangebracht sein, die Rechtsnatur dieser Funktionen aus der Rechtsnatur der Strafaussetzung oder irgend e i n e s der nachfolgenden richterlichen Akte zu deduzieren. Uns interessiert allein, inwieweit der Richter

matik strafrichterlicher Auflagen, NJW 1959, 1393 (1394); BAUMANN, Die Auflagenkataloge im Strafrecht, GA 1958, 193 (203); AT, 637; ULSAMER, 73 ff. Vgl. dagegen LANG-HINRICHSEN, 82; MAURACH, AT, 742.

544 AT, 742.

bei den E i n z e l akten, die sich der Aussetzung anschließen, Recht spricht oder nicht.

Recht spricht der Strafrichter dann und ausschließlich dann, wenn er rückblickend Sachverhalte feststellt, um sich über die Schuld des Delinquenten schlüssig zu werden und gegebenenfalls geschehenes Unrecht durch eine gerechte Strafe auszugleichen. Von dem Kriterium der i n d i v i d u e l l gerechten Z u - m e s s u n g kann man keinen Fußbreit weichen. Es wäre verfehlt, resozialisierende Zwecke in den Strafz u m e s s u n g sbegriff einzubringen, da Gemeinschaftsinteressen nicht nach Maßgabe persönlicher Schuld a b g e w o g e n , sondern - bestenfalls von der Schuld begrenzt - d u r c h - g e s e t z t werden. Das künftige Sicherungsbedürfnis der Gesellschaft hat keinerlei inneres Verhältnis zum Verschulden des Täters am vergangenen Unrecht.

Von dieser Prämisse ausgehend stellt sich also die Frage, welche nachträglichen richterlichen Entscheidungen und Maßnahmen echte Strafzumessung oder sonstige materiellen Merkmale des Rechtsprechens enthalten.

Zweifellos scheiden die nachträgliche Belehrung des Verurteilten und die Anordnung beschränkter Auskunfterteilung aus dem rechtsprechenden, d.h. strafzumessenden Funktionsbereich aus. Die Belehrung des Verurteilten über die Bedeutung der Strafaussetzung zur Bewährung, die Bewährungszeit und die Bewährungsaufgaben, die Androhung des Widerrufs und das Gebot, jeden Aufenthaltswechsel während der Bewährungszeit anzuzeigen⁵⁴⁵, sind Tätigkeiten, die - wenn sie auch thematisch mit der Anordnung der Aussetzung zusammenhängen - den A u s s p r u c h einer Deliktsfolge erläutern oder verwirklichen. Es kann somit dahinstehen, ob die A n o r d n u n g der Aussetzung, der Auflagen und der Bewährungszeit auf der geltenden Erkenntnis gerechten Rechtes fußt; die (in der

545 Vgl. § 268 a Abs. 2 StPO.

Hauptverhandlung erfolgende oder) nachträgliche Belehrung jedenfalls ist administrativer Natur. Daß die Anordnung beschränkter Auskunfterteilung im Fall des Straßerlasses Verwaltungshandeln darstellt, versteht sich von selbst⁵⁴⁶.

Ebenso zweifelsfrei lassen sich die richterlichen Aufgaben der Bewährungsaufsicht qualifizieren. Sie setzen - sei es durch Vermittlung des Bewährungshelfers, sei es im persönlichen Kontakt des Richters mit dem Straffälligen - den Zweck in die Tat um, der das Institut der bedingten Aussetzung der Vollstreckung insgesamt durchdringt: Die Selbsterziehung des Probanden unter staatlicher Ägide. Als Maßnahmen der Kontrolle und der pädagogischen Hilfeleistung sind sie der Rechtsprechung weit entfernt, ganz gleich, ob sie unmittelbar, d.h. ohne, oder mittelbar, d.h. mit Unterstützung des Bewährungshelfers erfüllt werden. Das OLG Düsseldorf⁵⁴⁷ hat den gleichen Standpunkt im Verlauf der Auseinandersetzung um die unmittelbare Zuständigkeit zur Bewährungsaufsicht⁵⁴⁸ erfrischend klar zum Ausdruck gebracht und die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft bejaht. Die Argumente für eine r i c h t e r - l i c h e Zuständigkeit beruhen auf systematischen und pragmatischen Erwägungen⁵⁴⁹; der dogmatisch gemeinte Einwand, das Ergebnis der Überwachung sei die Grundlage für die nach den

546 A.A. SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, I, Einl. Kap. 7, 59, da der Gesetzgeber diese Anordnung dem unabhängigen Richter überstellt habe. Überzeugende q u a l i t a t i v e Unterscheidungen zwischen Rechtsprechungs- und (Justiz-) Verwaltungsakten seien "nicht möglich", so daß es auf die positivrechtliche Zuweisung durch den Gesetzgeber ankomme.

547 Beschl. vom 3.6.1957, JMBL NW 1957, 173 (174/175); Beschl. vom 18.4.1958, NJW 1958, 1007 (1007). Vgl. auch Karl PEETERS, Grundprobleme der Kriminalpädagogik, Berlin 1960, 318; Klaus MEYER, Strafaussetzung, Bewährung und Bewährungshilfe, Diss., Münster 1962, 209.

548 Vgl. dazu SCHÄFER in LÖWE/ROSENBERG, Anm. 2 a zu § 453. Der Streit wurde mit Einführung des § 453 b StPO gegenstandslos.

549 Vgl. BGHSt, Beschl. vom 6.6.1957, JZ 1957, 756 (757); LACKNER, Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 6.6.1957, JZ 1957, 757 (758); WÜRTENBERGER, 9 f; DEMSKI, 56; SIEVERTS, Gerichtshilfe, 146.

§§ 24 Abs. 3, 25 StGB zu treffenden Entscheidungen des Richters, der mithin auch den diese Entscheidungen tragenden "Sachverhalt" feststellen müsse⁵⁵⁰, hat - soll er materiell durchschlagen - zur Voraussetzung, daß die genannten Funktionen Rechtsprechungsakte sind.

Damit kommen wir zu einer Gruppe von richterlichen Funktionen - Straferlaß, Widerruf der Aussetzung, Änderung der Bewährungszeit, vor allem die bedingte oder unbedingte Entlassung -, deren Zugehörigkeit zur Rechtsprechung bei formeller Betrachtung bewiesen zu sein scheint: Da der Richter die Aussetzung anordnet, müßten die Folgeentscheidungen⁵⁵¹ und die der bedingten Aussetzung verschwisterte bedingte oder unbedingte Entlassung⁵⁵² mit gleichem Recht in der Hand des Richters liegen. Materiellen Kriterien hält dieser Schluß jedoch nicht stand. Vergeblich wird man in diesen Akten nach strafzumessenden Bestandteilen suchen⁵⁵³.

Der S t r a f e r l a ß betrifft eine bereits zugemesse-
ne Strafe. Ihm geht auch nicht die Erkenntnis bislang unbekannter, t a trelevanten Sachverhaltes und eine entsprechende gerechte K o r r e k t u r der Rechtsfolgen voraus. Dem Verurteilten wird die Strafe nicht deswegen erlassen, weil sich nach Ablauf der Bewährungszeit plötzlich seine Unschuld herausstellt - dann wäre ein Wiederaufnahmeverfahren zu seinen Gunsten angebracht -, vielmehr deswegen, weil er sich als Proband bewährt hat. Die Resozialisierung war erfolgreich;

550 So etwa MÜLLER/SAX (KMR), Anm. 1 zu § 453 b.

551 Die nach OLG Karlsruhe, Beschl. vom 17.1.1964, NJW 1964, 1085 (1086), die Rechtskraft des Strafurteils nicht durchbrechen, weil mit der Anordnung der Aussetzung weitere Rechtsfolgen - so der Widerruf der Aussetzung - beschlos-
sen seien.

552 Zur unbedingten Entlassung vgl. oben, Fn. 529.

553 Die Untersuchung stellt nun auf die §§ 23 ff StGB ab. Die wenigen andersartigen Regelungen des JGG - die Strafumwandlung, die nachträgliche Verhängung der Jugendstrafe, die Tilgung des Schuldspruches - werden zum Schluß besprochen.

also kann der Staat es vertreten, auf die Ausübung seines Strafrechtes zu verzichten. Dem Hinweis darauf, daß der **E n t s ü h n u n g s v o r g a n g d e r B e w ä h r u n g** im Straferlaß Anerkennung finde⁵⁵⁴, ist entgegenzuhalten, daß der Staat - der Rechtsstaat - dann auch die sicherlich härtere Sühneleistung im Strafvollzug anerkennen müßte.

Die Aussetzung wird **w i d e r r u f e n**, wenn Umstände bekannt werden, welche die Prognose des § 23 Abs. 2 StGB nicht zugelassen hätten oder Hinderungsgründe nach § 23 Abs. 3 StGB gewesen wären, oder wenn der Verurteilte in der Bewährungszeit zeigt, daß das in ihn gesetzte Vertrauen nicht gerechtfertigt war. Die "Umstände" des § 25 Abs. 2 Nr. 1 StGB konzentrieren sich nicht auf das **T a t v e r s c h u l d e n** des Verurteilten, das der Strafzumessung vorbehalten ist⁵⁵⁵, sondern beziehen sich einerseits auf prognostisch aufschlußreiche Lebensverhältnisse und Eigenschaften des Probanden, die natürlich auch durch die Tat ans Licht gelangen, andererseits - abgesehen von den formalen Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 StGB - auf das öffentliche Interesse (§ 23 Abs. 3 Nr. 1 StGB) an der Vollstreckung der Strafe. Die spätere Verwertung prognostischer Umstände hat mit der Strafzumessung nichts zu tun. Das öffentliche Interesse an der Zufügung des Strafübels darf als generalpäventiver Gesichtspunkt die schuldangemessene Bestrafung nicht beeinflus-

554 Vgl. SCHRÖDER, Bedingte Verurteilung, 9; SIEVERTS, Gerichtshilfe, 155; REIGL, 640; MAASSEN, 2 f. HELLMER, Die Strafaussetzung zur Bewährung, 754, sieht eine Parallele zwischen Bewährung und Strafvollstreckung: Es werde wohl nicht in die Freiheit des Verurteilten, aber in dessen "Sozialkraft" vollstreckt.

555 Zu der Frage, welche Rolle die entlastenden Umstände der Tat, die Gesinnung des Täters bei Tatbegehung und die moralische Wirkung einer angeordneten Maßregel (Entzug der Fahrerlaubnis) für die Bewährungswürdigkeit spielen, vgl. OLG Düsseldorf, Urt. vom 18.6.1957, DAR 1957, 75 (75); OLG Bremen, Urt. vom 25.10.1961, DAR 1962, 210 (210); MAURACH, AT, 743; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Anm. 19 zu § 23.

sen und wird gerechterweise nach Abschluß des Strafzumessungsaktes berücksichtigt⁵⁵⁶. Der Widerruf aus den Gründen des § 25 Abs. 2 Nr. 2-4 StGB schließlich ist die gesetzgeberische oder richterliche Konsequenz aus der Einsicht, daß Erziehungsmaßnahmen bei dem Verurteilten nicht anschlagen. Nirgendwo mißt der widerrufende Richter eine individuell gerechte Strafe zu; die Tatsachen, die er feststellt, verwertet er bei seiner Prognose, wenn sie nicht schon - wo sie für sich sprechen⁵⁵⁷ - seine Prognose vorwegnehmen.

Die Änderung der Bewährungszeit bedeutet keine Strafzumessung, da der Richter nicht die Dauer der Freiheitsstrafe, sondern - das Gesetz sagt es - die Dauer der Bewährungszeit ändert. Will man in der Bewährung eine Sühneleistung erblicken⁵⁵⁸, so wird aus der Bewährung noch keine vergeltende Strafe⁵⁵⁹, aus der Verkürzung oder Verlängerung der Bewährungszeit noch keine Strafzumessung. Sühne und Vergeltung sind nicht identisch⁵⁶⁰. Sühne ist die Versöhnung des Schuldigen mit der Gemeinschaft durch einen autonomen sittlichen Akt, eine seelische Eigenleistung; Vergeltung ist der gerechte Ausgleich des Unrechtes durch die Rechtsordnung, eine rechtliche Forderung, die der strafende Staat zwangsweise durchsetzt. Der Schuldige kann auch ohne Vergeltung sühnen. Aus welchem Grund sollte man seine freiwillig erbrachte Läuterung in erzwungene Vergeltung ummünzen? Freilich steht hinter

556 STREE, 38 ff; 46 f; Eberhard SCHMIDT, Vergeltung, Sühne und Spezialprävention, ZStrW 67 (1955), 177 (194).

557 §§ 25 Abs. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 Nr. 1, 23 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 StGB.

558 Vgl. die Belege in Fn. 554.

559 BRUNS, Die Strafaussetzung zur Bewährung, GA 1956, 193 (200).

560 Die Rechtsprechung neigt dazu, die Begriffe Sühne und Vergeltung synonym zu gebrauchen; bezeichnend BGH, Urt. vom 12.7.1951, NJW 1951, 769 (770); OLG Köln, Urt. vom 26.10.1948, OGHStE 1, 119 (121). Zum Sühnebegriff vgl. Eberhard SCHMIDT, Vergeltung, Sühne, 186 ff; MAURACH, AT, 64.

der Bewährung des Probanden der Zwang drohender Strafvollstreckung. Eine hypothetische Vollstreckung ist aber noch keine Vollstreckung, und die Selbstläuterung verliert nicht dadurch ihr Gesicht, daß der Staat dazu anhält. Gerade die flexible Gestaltung der Bewährungszeit zeugt von dem Willen, zu erziehen anstatt zu strafen. Die Vergeltung zeichnet sich nämlich durch Starrheit aus, da sie das Unrecht aufwiegt.

Die b e d i n g t e oder u n b e d i n g t e E n t - l a s s u n g wird angeordnet, wenn die begründete Aussicht besteht, daß der Verurteilte in Zukunft ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben, einen rechtschaffenen Lebenswandel führen wird. Ihre einzige materielle Bedingung ist demzufolge eine günstige Täterprognose: Das G e s e t z gibt nicht den geringsten Anhalt dafür, daß der Richter auch das Gebot der Einzelfallgerechtigkeit zu beobachten habe. Wenn die Rechtsprechung das "Sühnebedürfnis" und das öffentliche Interesse an der vollständigen Verbüßung mitbewertet⁵⁶¹, so erweitert sie die Voraussetzungen der vorzeitigen Entlassung auf Bewährung über den Wortlaut des Gesetzes hinaus⁵⁶². Doch selbst diese Gesichtspunkte liegen außerhalb der eigentlichen Strafz u - m e s s u n g , da der Richter ja überlegt, ob sich der Verzicht auf die Restvollstreckung der s c h o n z u g e - m e s s e n e n Strafe mit dem Vergeltungsbedürfnis oder mit dem öffentlichen Interesse vereinbaren läßt. Obwohl in diesem

561 OLG Braunschweig, Beschl. vom 24.7.1954, JR 1955, 30 (30); KG, Beschl. vom 27.8.1954, JR 1955, 30 (30), mit zustimmender Anmerkung von DREHER; OLG Oldenburg, Beschl. vom 11.5.1954, NJW 1954, 1297 (1297); BGHSt, Beschl. vom 2.7.1954, BGHSt 6, 215 (218); OLG Neustadt, Beschl. vom 12.10.1955, NJW 1956, 70 (70/71); KG, Beschl. vom 7.9.1960, JR 1961, 31 (31/32).

562 Dazu kritisch MAURACH, AT, 747; BAUMANN, AT, 642; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Anm. 15 zu § 26. SCHRÖDER, a.a.O., will den "Sühnezweck" der Strafe bei der Entscheidung nach § 26 StGB nicht völlig ausschließen, bemerkt jedoch zutreffend, daß die dem "Sühnebedürfnis" entsprechende Strafe im U r - t e i l aufgrund richterlicher S t r a f z u m e s s u n g festgesetzt wurde.

Zusammenhang gerne die Gerechtigkeit herbeizitiert wird⁵⁶³, können den Richter nur Zweckmäßigkeitserwägungen leiten. Einer gerechten Strafzumessung bleibt kein Platz mehr. Das Bedürfnis, die gerechte Strafe ohne Abstriche zu vollstrecken, ist immer und gleichbleibend vorhanden; daraus gewinnt die vergeltende Strafe ihren Sinn. Ein Verzicht auf tatsächliche Vergeltung muß mithin Motive haben, die nicht in der Individualgerechtigkeit wurzeln. Auf der anderen Seite kann das Beharren auf gänzlicher Strafverbüßung nichts anderes als eine **B e s t ä t i g u n g** der Erkenntnis sein, daß diese Schuld mit dieser Strafe abzugelten ist. Die getreue Kopie einer richterlichen Erkenntnis aber erlangt nicht die Qualität des Originals, gleichgültig, zu welchem Zweck sie gegeben wird⁵⁶⁴.

Viel diskutiert ist die rechtliche Natur der Auflagen und die Stellung, die der Richter bei der Anordnung und - was unser Thema angeht - bei der nachträglichen Anordnung, inhaltlichen Änderung oder Aufhebung der Auflagen und bei der Ausarbeitung des Bewährungsplanes innehat. Die Literatur unterscheidet im allgemeinen zwischen erziehenden und "sühnenden" Auflagen⁵⁶⁵. Den ersteren soll überwiegend die Tendenz innewohnen, die Resozialisierung zu unterstützen; die letzteren, zu denen die Wiedergutmachung des Schadens⁵⁶⁶ und die Zahlung

563 SCHÖNKE/SCHRÖDER, Anm. 15 zu § 26; WÜRTEMBERGER, 11.

564 Über das Wesen der bedingten Entlassung ist man - wie über das der Anordnung der Strafaussetzung - geteilter Meinung. Nach NÜSE, 424, MITTELBACH, Die bedingte Entlassung, 165 f, und JESCHECK, Die Konkurrenz, 449/450, mißt der Richter, der die bedingte Entlassung ausspricht oder ablehnt, Strafe zu. Nicht ganz so sicher ist sich LACKNER, Die Strafaussetzung zur Bewährung, 432, wenn er meint, der Richter löse auch eine verwaltende Aufgabe, weil er dem Gefangenen den Übergang in die Freiheit erleichtere. BRUNS, Rechtsgrundlage, 204 ff, Zur rechtsdogmatischen Problematik, 1394, LEFRINGHAUSEN, 178, und KRUSE, 46, qualifizieren die bedingte Entlassung als Verwaltungsfunktion.

565 SCHRÖDER, Bedingte Verurteilung, 9; SCHÖNKE/SCHRÖDER, Anm. 5 zu § 24; SCHWARZ/DREHER, Anm. 1 zu § 24; BAUMANN, Auflagenkataloge, 197 ff; AT, 640; LANG-HINRICHSSEN, 82; Karl PETERS, Anmerkung, 64. Nicht so MAURACH, AT, 745 f. Zur "sühnenden" Zielsetzung der besonderen Pflichten des § 15 JGG vgl. DALLINGER/LACKNER, Anm. 1, 3 und 4 zu § 13; einschränkend wieder MAURACH, AT, 777.

566 § 24 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 15 Abs. 1 Nr. 1 JGG.

einer Geldbuße an eine gemeinnützige Einrichtung⁵⁶⁷ gerechnet werden, sollen mehr dem Bedürfnis der "Sühne" Rechnung tragen⁵⁶⁸. Die Entwürfe⁵⁶⁹ haben diesen Standpunkt übernommen und die spezialpräventiven "Weisungen" von den Auflagen getrennt. De lege ferenda stehen die Auflagen also im Dienst der "Genugtuung für das begangene Unrecht"⁵⁷⁰.

Auflagen des g e l t e n d e n Strafrechtes Strafcharakter zu vindizieren, unterliegt schweren Bedenken. Schon die systematische Gesetzesauslegung verschließt diesen Weg: Nach Maßgabe der §§ 25 Abs. 3 StGB, 26 Abs. 3 JGG werden Leistungen, die der Proband in Erfüllung von Auflagen erbrachte, im Fall des Widerrufs der Aussetzung nicht zurückerstattet; wären die entsprechenden Auflagen - man denke an die Zahlung einer Geldbuße - Strafen, verstieße die Vollstreckung der erfolglos ausgesetzten Freiheitsstrafe gegen den Grundsatz des Verbotes doppelter Bestrafung⁵⁷¹. Es ist indessen nicht unsere Aufgabe, den Vergeltungsgehalt der Auflagen zu überprüfen. Hier genügt die Feststellung, daß der Richter, der die Auflagen erteilt, abändert und aufhebt, Strafe zumißt oder zurücknimmt, wenn seine Auflage (auch) vergilt. Hat die Auflage demgegenüber den alleinigen Zweck, dem Probanden die positive Mitwirkung an seiner Resozialisierung abzuverlangen oder Rückhalt in der kritischen Bewährungszeit zu gewähren⁵⁷², so hebt sie sich f u n k t i o n e l l nicht mehr von der Maßregel ab.

567 § 24 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 15 Abs. 1 Nr. 3 JGG.

568 Angesprochen ist damit offenbar das Prinzip der Vergeltung, der Gerechtigkeit. Vgl. oben, 183.

569 §§ 77, 78 StGB E 1958, 77, 78 StGB E 1959 I, 74, 75 StGB E 1960, 74, 75 StGB E 1962, 41, 42 StGB AE.

570 Vgl. die Begründungen zu den §§ 77, 78 StGB E 1958, 76; 74, 75 StGB E 1960, 186/187; 41, 42 StGB AE, 83.

571 Armin KAUFMANN, Die Strafaussetzung zur Bewährung, 298; ULSAMER, 65. Vgl. weiter die Begründung zu § 46 Abs. 3 StGB AE, 89.

572 MAURACH, AT, 745.

Unter die materiell verwaltende Tätigkeit fällt fraglos die jugendrichterliche Zusammenstellung des Bewährungsplanes. Der Bewährungsplan ist keine gerichtliche Entscheidung, nicht einmal die Ausfertigung einer oder mehrerer gerichtlicher Entscheidungen, sondern das Programm für die Arbeit des Jugendlichen und des Bewährungshelfers während der Bewährungszeit⁵⁷³.

Strafzumessung enthalten endlich - und das zum Teil nur in geringem Umfang - die restlichen Funktionen unseres Kataloges, die aus dem Jugendstrafrecht herrühren: Die Umwandlung der zeitlich unbestimmten, d.h. im Mindest - und Höchstmaß festgelegten⁵⁷⁴ Jugendstrafe in eine Jugendstrafe von bestimmter Dauer, die nachträgliche Verhängung der Jugendstrafe und die Tilgung des Schuldspruches.

Hiervon kann man bloß die nachträgliche Verhängung der Jugendstrafe als Strafzumessungsakt bezeichnen: Die schlechte Führung des Jugendlichen in der Bewährungszeit gibt dem Richter zwar Veranlassung, die Strafe zu bilden, kann aber mit der zu verhängenden Jugendstrafe nicht "geahndet" werden; deren Bemessungsobjekt ist ausschließlich die im Schuldspruch rechtskräftig festgestellte strafbare Handlung⁵⁷⁵. Die Straferkenntnis des Richters orientiert sich an der individuellen Gerechtigkeit; die Spezialprävention wird als variable Deliktsfolge auf ein normales Maß zurückgeführt, da die Erziehung angesichts des inzwischen nachgewiesenen Schuldolumens der Vergeltung weichen muß⁵⁷⁶.

Ungleich schwieriger ist es, in der Strafumwandlung und in der Tilgung des Schuldspruches vergeltende Elemente zu finden.

573 Vgl. DALLINGER/LACKNER, Anm. 1 zu § 60; GRETHLEIN, Anm. 1 zu § 60; RIEDEL, § 60 3.

574 Vgl. § 19 Abs. 2 JGG.

575 DALLINGER/LACKNER, Anm. 5. zu § 30; RIEDEL, § 30 5; GRETHLEIN, Anm. 4 b zu § 30.

576 Zum Wesen der in der Aussetzung verhängten Strafe vgl. HELLMER, 275 ff.

Der Jugendrichter verbindet die Strafumwandlung mit seiner Entscheidung über die bedingte oder endgültige Entlassung; die Tilgung des Schuldspruches ist an die Bewährung des Jugendlichen gekoppelt. Es sind demnach jeweils prognostische bzw. diagnostische Überlegungen, die den genannten Entscheidungen vorangehen. Immerhin setzt der Richter bei der Strafumwandlung in Verbindung mit der bedingten Entlassung eine Strafe fest, die über die Zeitspanne der Verbüßung hinausragt und deswegen auch der Tatvergeltung gewidmet ist. Die Strafzumessung aber, die die unbedingte Entlassung begleitet, richtet sich automatisch an der Dauer der **v e r b ü ß t e n** Strafe aus; der richterliche Strafausspruch läßt die Erkenntnis gerechten Ausgleiches vermissen, sobald das Tatverschulden ein Mehr oder Weniger an Vergeltung verlangt. Die Tilgung des Schuldspruches schließlich wird von der Einsicht getragen, daß die Verhängung einer Jugendstrafe für die rechtskräftig festgestellte Tat nach Würdigung der Lebensführung des Jugendlichen in der Bewährungszeit überflüssig ist^{577.578}; dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit schenkt der Richter höchstens dadurch Beachtung, daß er den **U m f a n g** der Schuld aufgrund seiner Erfahrung jetzt geringer veranschlagt.

Die richterlichen Entscheidungen und Maßnahmen der Strafaussetzung zur Bewährung sind größtenteils anfechtbar⁵⁷⁹. Bedingung ist – wie im Strafvollstreckungs- und Maßregelrecht – die Verletzung materiellen Rechtes durch den anordnenden Richter. Der Beschwerderichter fungiert als **R e c h t s - s c h ü t z**instanz und befindet über materielle Rechtsstreitigkeiten. **S e i n e** Tätigkeit – wir dürfen noch einmal rückverweisen⁵⁸⁰ – geht in der Rechtsprechung auf.

577 So DALLINGER/LACKNER, Anm. 8 zu § 30; vgl. weiter HELLMER, 282. Karl PETERS, Kriminalpädagogik, 339, zählt die Tilgung des Schuldspruches zu den Rehabilitationsakten.

578 Zur Frage der Bindung des Richters im Nachverfahren an die tatsächlichen Feststellungen des Schuldspruches vgl. DALLINGER/LACKNER, Anm. 13 zu § 30; SEIBERT, Zur Teilrechtskraft im Strafverfahren, NJW 1961, 10.

579 §§ 453 Abs. 3, 454 Abs. 2 StPO; §§ 59 Abs. 2 und Abs. 3, 65 Abs. 2, 83 Satz 1 JGG.

580 Oben, 154 ff, 161.

Ergebnis

Das Ergebnis des Abschnittes ist in wenigen Worten zusammenzufassen: Die Tätigkeiten des Richters in der Phase der Vollstreckung sind durchweg materiell verwaltender Natur. Ausnahmen bilden die titelauslegenden und titelgestaltenden Akte (§§ 458 Abs. 1, 1. Halbsatz, 459, 460 StPO), des weiteren die selbständigen Rechtsstreitentscheidungen im Verlauf der Vollstreckung der Strafen (§ 458 Abs. 1, 2. Halbsatz StPO; § 458 Abs. 2 StPO i.V.m. den §§ 455, 456 StPO; § 23 EGGVG) und Maßregeln (§ 463 a Abs. 1 StPO; § 23 EGGVG) sowie bei der zur Bewährung ausgesetzten Strafe (§§ 453 Abs. 3, 454 Abs. 2 StPO; §§ 59 Abs. 2 und Abs. 3, 65 Abs. 2, 83 Satz 1 JGG), die Gestaltung der Auflagen (§ 24 StGB; § 23 JGG), soweit man Auflagen (partiell) Vergeltungscharakter zuerkennen will, und - cum grano salis - einige wenige Funktionen des Jugendstrafrechtes, in denen sich Strafzumessung oder Schuldkenntnis erhalten haben (§§ 30 Abs. 1 Satz 1, 89 Abs. 2, 30 Abs. 2 JGG).

Wir stellten der Abgrenzung verwaltender und rechtsprechender "Vollstreckungs"-Funktionen einseitig die materiellen Kriterien der Strafrechtsprechung - namentlich die vergeltende Strafzumessung - voran. Diese Methode mag den Eindruck erweckt haben, als werde die Daseinsberechtigung der präventiven Zwecke verkannt, die der Staat mit und neben der Strafe verfolgt. Das ist keineswegs der Fall. Die Ausführungen sollten sichtbar machen, wo der sanktionierende Staat verwaltet oder richtet, eine Aufgabe, die jenseits des Schulenstreites gelöst werden kann. Welche Sanktionen - Vergeltung oder Gesellschaftsschutz durch Sicherung oder Sozialtherapie - vorzuziehen sind, ist eine andere Frage.

Die Entwicklung vom "Kuckucksei"⁵⁸¹ der ersten kriminalpolitischen Reaktionsmittel bis zur heutigen "Dreispurig-

581 DAHM, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit, 5.

keit"⁵⁸² ist immer wieder Gegenstand strafrechtsdogmatischer Auseinandersetzungen. Dabei wird auch nicht übersehen, daß der Gesetzgeber dem Strafrichter mittlerweile eine Vielzahl verwaltender oder - wie es bisweilen heißt - "rechtspflegerischer"⁵⁸³ Funktionen aufgebürdet hat. Diese Tatsache ist zu offenkundig, um daran vorbeigehen zu können. Indessen scheint ihre T r a g w e i t e unterschätzt zu werden. Reminisziert man den quantitativ wahrhaft kärglichen rechtsprechenden Aufgabenbestand des Strafrichters im Recht der Maßregeln und der Strafaussetzung zur Bewährung, so kann man die aufgezeigte Funktionenverteilung insgesamt gesehen nicht mehr mit dem wohlwollenden Titel "Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes" versehen. Was Ausnahme sein sollte - die Übernahme materiell fremder Funktionen -, ist die Regel. Das Strafrecht hat in den letzten Jahrzehnten den Grundsatz der Funktionentrennung so oft durchbrochen, daß die Ausnahme fast zur Regel geworden ist.

Nun soll einem markanten Zitat zufolge das Gewaltenteilungsprinzip "nicht für Verbrecher erfunden" worden sein⁵⁸⁴. Das ist richtig. MONTESQUIEU etwa bezog sein Kap. 6 nicht auf Verbrecher. Seiner Vorstellung nach galt der Grundsatz der Gewaltenteilung allgemein, eben als Grundsatz, unter anderem auch für die Strafgerichtsbarkeit⁵⁸⁵. Daß der Grundgesetzgeber das Strafrecht nicht vom Dogma der Gewaltenteilung entbinden wollte, bedarf ebenfalls keiner großen Erörterungen. Es müssen folglich gewichtige Gründe sein, die eine derart gravierende Sonderstellung des Strafrechts rechtfertigen.

582 Kriminalpolitisch ist die Konstruktion einer "dritten Spur" des Strafrechtes zulässig, funktionell jedoch nicht, da die richterlichen Tätigkeiten dieser Spur entweder der Rechtsprechung oder der Verwaltung zufallen.

583 Z.B. LACKNER, Anmerkung, 758.

584 DROST, Das Ermessen des Strafrichters, 210.

585 Buch XI, Kap. 6, 164: "Par la troisième (puissance), il p u n i t les crimes ou juge les différends des particuliers". Von präventiven Zwecken ist allerdings hier noch nicht die Rede.

Die angeschnittene Problematik wäre es wert, von Grund auf untersucht zu werden, liegt jedoch auf einer Ebene, der unser Thema nur Ausgangspunkt ist. Zu viele historische, rechtssystematische und praktische Momente spielen in sie hinein, als daß sie hier erschöpfend abgehandelt werden könnte⁵⁸⁶. Lediglich ein sich ständig wiederholendes verfassungsrechtliches Argument sei herausgegriffen; BRUNS⁵⁸⁷ formuliert es kleidsam dahin, daß auch die Spezialprävention "sich dem Rechtsstaat beugen" müsse. Sicherlich muß sie das. Existiert aber der Rechtsstaat exklusiv in der Unabhängigkeit der dritten Gewalt? Abgesehen von der Vorschrift des Art. 20 Abs. 3 GG heißt es doch der Verwaltung ein Mißtrauensvotum stellen, wenn man ihr mit d i e s e r Begründung Funktionen vorenthält, die sie auf dem Gebiet des Unterbringungs-⁵⁸⁸ und Erziehungswesens ohnehin ausübt. Hier wie dort erhebt sich die Frage, ob nicht der gerichtliche R e c h t s s c h u t z dem Rechtsstaatsprinzip genügt⁵⁸⁹.

586 Dazu nehmen Stellung: DAHM, Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit, 5, 23; RADBRUCH, Einführung in die Rechtswissenschaft, 148; DROST, Das Ermessen des Strafrichters, 210; BRUNS, Zur rechtsdogmatischen Problematik, 1394; Rechtsgrundlage, 205; LACKNER, Anmerkung, 758; DREHER, Vereinheitlichung, 483, 491; DEMSKI, 88 ff; LANG-HINRICHSSEN, 11 f, 85; LEFRINGHAUSEN, 178; Klaus MEYER, 208 f; SCHRÖDER, Die kriminalpolitischen Aufgaben, 15; Grenzen des strafrichterlichen Ermessens, 65; Hellmuth von WEBER, 297.

587 Rechtsgrundlage, 205. Vgl. auch BRUNS, Zur rechtsdogmatischen Problematik, 1394; DREHER, Vereinheitlichung, 491; BAUMANN, Unterbringungsrecht, Tübingen 1966, 29.

588 Vgl. BAUMANN, Unterbringungsrecht, 29.

589 Andererseits soll nicht übersehen werden, daß eine Reihe von Gründen für eine funktionelle Allein- oder Mitzuständigkeit des Strafrichters spricht: Die erwähnten "Vollstreckungs-"Funktionen knüpfen an die rechtswidrige Verwirklichung von Straftatbeständen an, so daß es schon der Gesichtspunkt der Prozeßökonomie angezeigt erscheinen läßt, den ohnehin mit der Sache befaßten Richter weiterhin zu beteiligen. Außerdem empfehlen sich die verhältnismäßig strengen Rechtsschutzgarantien des Strafrechts besonders dann, wenn der Staat zur Sicherung der Gesellschaft in die F r e i h e i t des Einzelnen eingreift. Doch ist, wie gesagt, hier kein Raum, das Für und Wider richterlicher Beteiligung an den kriminalpolitischen Aufgaben eingehend abzuwägen.

Rückblick
Das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes
vom 6.6.1967

Die Arbeit bringt keine unbekannten Elemente der rechtsprechenden Funktion. Materieller Rechtsstreit, Neutralität, die strukturellen Eigentümlichkeiten des Richtens, Gerechtigkeitsbezug, Rechtsschöpfung: All diese Kriterien sind nicht neu, werden bei den bisher gebräuchlichen Definitionen aber immer wieder aus dem Zusammenhang der Funktion gerissen und vereinzelt. Dem Verfasser war daran gelegen, sie zu systematisieren und von formellen Begleiterscheinungen freizuhalten.

Wie aktuell das Thema "Rechtsprechung" geblieben ist und weiterhin bleiben wird, beweist das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 6.6.1967⁵⁹⁰. In dieser seit langem erwarteten Entscheidung⁵⁹¹ nimmt das Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 421 Abs. 2, 447 Abs. 1 AO, nach denen die Finanzämter Kriminalstrafen verhängen konnten, Stellung. Die Bestimmungen werden - wie kaum anders zu erwarten war⁵⁹² - für nichtig erklärt, weil sie rechtsprechende Funktionen enthalten.

In den Gründen geht das Bundesverfassungsgericht von einem m a t e r i e l l e n Begriff der "rechtsprechenden Gewalt" aus. Nur ein materielles Verständnis des Rechtsprechungsbegriffs, so heißt es zutreffend, werde dem Sinne des Art. 92 GG gerecht.

Diesem erfreulich eindeutigen Auftakt folgt eine der Bedeutung der Frage unangemessen kurze Auseinandersetzung mit einigen wenigen der Kriterien, die die Wissenschaft zum

⁵⁹⁰ NJW 1967, 1219-1221 (Auszug). Das Urteil erging kurz vor dem Abschluß der Arbeit und soll an dieser Stelle rückblickend besprochen werden.

⁵⁹¹ Aktenzeichen: 2 BvR 375, 53/60, 18/65.

⁵⁹² Vgl. oben, 60 f.

Rechtsprechungsbegriff erarbeitet hat. Zitiert werden lediglich GOLDSCHMIDT, ARNDT, THOMA und FRIESENHAHN. Die ersten drei hätten als Vertreter der Ansicht, die eine materielle Eigenart der Rechtsprechungsfunktion von vornherein ablehnt oder nicht ermitteln zu können glaubt, bei dem Bemühen um eine m a t e r i e l l e Begriffsbestimmung getrost unberücksichtigt bleiben dürfen. Die Streitentscheidungstheorie FRIESENHAHNs dagegen, die tatsächlich ein materielles Element in die Diskussion wiedereinführt, hätte einige Worte mehr verdient; der nicht näher begründeten Bemerkung, Strafgerichtsbarkeit, Teile der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Normenkontrolle befaßten sich nicht mit Rechtsstreitigkeiten, darf man wohl entnehmen, daß FRIESENHAHNs materieller Rechtsstreitbegriff - wie so oft - mißverstanden wurde. Die überaus fruchtbaren Beiträge EICHENBERGERS, JAHRREISS', BETTERMANNs und anderer finden keine Erwähnung, geschweige denn Kritik.

Stattdessen meint das Bundesverfassungsgericht, der materielle Gehalt der Rechtsprechungsfunktion lasse sich dem "Verfassungsgefüge" entnehmen. Art. 92 GG sei zwar auch Organisationsnorm, habe vor allem aber m a t e r i e l l e Bedeutung in dem Sinne, daß damit eine Zuweisung bestimmter Aufgaben an die rechtsprechende Gewalt vollzogen sei. Der rechtsprechenden Gewalt sei durch Art. 92 GG neben den t r a d i t i o n e l l e n K e r n b e r e i c h e n der Rechtsprechung - der bürgerlichen Rechtspflege und der Strafgerichtsbarkeit - alle diejenigen Aufgaben zugewiesen, die die V e r f a s s u n g selbst an anderer Stelle den Gerichten übertrage (Art. 93, 99, 100, 18, 21 Abs. 2, 41 Satz 2, 61, 84 Abs. 4, 98, 126, 19 Abs. 4, 104 Abs. 2 und Abs. 3 usw.).

D i e s e Lösung ist mehr als überraschend, zumal sie von einem Gericht geboten wird, das wie kein anderes zur Auslegung von Verfassungssätzen berufen ist und die Klärung eines derart fundamentalen Begriffes bisher bewußt vermieden hat. Man kommt nicht umhin festzustellen, daß das Bundesverfassungsgericht auf der Suche nach einem materiellen Rechtspre-

chungsbegriff schon den Ausgangspunkt verfehlt, indem es formelle Merkmale als materielle ausgibt.

Art. 92 GG ist eine Organisationsnorm und mehr nicht. Er äußert sich mit keinem Wort zum Wesen der rechtsprechenden Tätigkeit. Dadurch, daß er die **r e c h t s p r e c h e n d e** Gewalt den Richtern anvertraut, verteilt er eine undefinierte Funktion auf Organe. Man müßte die Phantasie zur Hilfe nehmen, wollte man ihm über diesen organisatorischen Zweck hinausgehend materielle Merkmale der Rechtsprechungsfunktion entnehmen.

In Wirklichkeit entdeckt das Bundesverfassungsgericht auch keine materiellen Funktionsmerkmale in Art. 92 GG. Es knüpft vielmehr an die Tatsache der organisatorischen Zuweisung an und bezeichnet den **O r g a n i s a t i o n s v o r g a n g** als materielles Kriterium der rechtsprechenden Funktion⁵⁹³. Sinngemäß sagt es: Alles, was der Richter im Auftrag der Verfassung tut, ist materiell Rechtsprechung; das Wesen einer Tätigkeit ergibt sich nicht aus der Tätigkeit, sondern aus der Person des Ausübenden.

Wir können nur wiederholen: Der Umstand, daß das Grundgesetz dem Richter bestimmte Aufgaben überträgt, besagt doch nichts anderes, als daß der Grundgesetzgeber diese Aufgaben dem unabhängigen Richter anzuvertrauen wünschte, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie nun rechtsprechender, verwaltender oder gesetzgebender Natur sind. Der Organisationsvorgang als solcher - sei er auch vom Verfassungsgesetzgeber vorgenommen - verwandelt die Funktion nicht in diejenige, die dem Organ an sich typisch ist. Die **F u n k t i o n** bestimmt - von wichtigen Ausnahmen abgesehen - das Organ, nicht umgekehrt⁵⁹⁴.

Daß die organisatorische Zuweisung einer Aufgabe an den Richter kein zuverlässiges Anzeichen des Funktionswesens ist,

593 Zur gleichen Lösung greift WALTER, 91 ff, in Hinsicht auf die österreichische Verfassung.

594 Vgl. oben, 3 ff, 14.

erhellen gerade einige der vom Bundesverfassungsgericht genannten richterlichen Tätigkeiten, die das Grundgesetz als richterliche und das Bundesverfassungsgericht unkritisch als materiell-rechtsprechende deklariert: Die Entscheidung des Richters über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung gem. Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG muß sachlich als Verwaltungsakt angesprochen werden⁵⁹⁵, da sie einzig präventiv-polizeiliche Zwecke verfolgt. Andererseits rückt die abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG das Bundesverfassungsgericht an die Seite des Gesetzgebers⁵⁹⁶; das Verfahren hat nicht den Schutz umstrittener subjektiver Rechte, sondern die Gültigkeit eines Rechtssatzes zum Gegenstand⁵⁹⁷, und sein Ergebnis gleicht einem Rechtssatz⁵⁹⁸.

Aber selbst wenn diese Beispiele nicht zuträfen, wenn anhand anderer als der hier vertretenen materiellen Kriterien andere Folgerungen gezogen werden müßten, bleibt eines gewiß: Man kann auf die *A p r i o r i t ä t* des Funktionswesens nicht verzichten, wenn man nach materiellen Funktionsmerkmalen sucht. Das ist eine *conditio sine qua non* jeder ernsthaften Auseinandersetzung mit dem Wesen der Staatsfunktionen.

Das Bundesverfassungsgericht gesteht die Schwäche der von ihm vorgetragenen Theorie selbst ein. Es sieht sich genötigt,

595 Überwiegende Meinung: MAUNZ/DÜRIG, II, Anm. 25 zu Art. 104; GERBER, Freiheitsentziehung nach Art. 104 GG, DÖV 1952, 387 (390); BACHOF, Ebenfalls: Freiheitsentziehung nach Art. 104 GG, DÖV 1952, 393 (394); SCHELLING, 84 ff; a.A. BETTERMANN, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, III. Band, 2. Halbband, Berlin 1959, 779 (883), und HAMANN, Art. 104 B 5, die sich auf die konstitutive Wirkung der richterlichen Entscheidung berufen. Auch Verwaltungsakte wirken konstitutiv!

596 Vgl. oben, 82 f.

597 BVerfG, Urt. vom 19.7.1966, BVerfGE 20, 56 (86); LEIBHOLZ/RINCK, Anm. 3 zu Art. 93.

598 BVerfG, Plenarbeschl. vom 8.12.1957, BVerfG 2, 79 (86/87).

die "traditionellen Kernbereiche der Rechtsprechung" - bürgerliche Rechtspflege und Strafgerichtsbarkeit, die "im GG nicht besonders aufgeführt" sind -, also den weitaus größten Teil der rechtsprechenden Aufgaben, auszuklammern und als "herkömmlich" der Rechtsprechung im materiellen Sinn anzugliedern. Bei diesen Funktionen kann demnach aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichtes nicht die organisatorische Zuweisung durch den Grundgesetzgeber, sondern lediglich der Tatbestand der historischen Anwachsung "wesensbegründend" sein.

Nun, der historische Gesetzgeber nahm es bekanntlich mit der Funktionenteilung nicht sehr genau⁵⁹⁹. STÖLZEL⁶⁰⁰ weist nach, daß in deutschen Territorien Gerichte bzw. "Ämter" jahrhundertlang - bis über die Aufklärung hinaus - ohne sachliche Trennung verwaltende, schiedsrichterliche und rechtsprechende Aufgaben wahrgenommen haben, ja daß die Entwicklung eines gelehrten Richterstandes Hand in Hand mit der Verlagerung der Rechtsprechung von den (Volks-) Gerichten auf die Verwaltung ging. Den Rügegerichten, den Ausläufern der alten deutschen Volksgerichte⁶⁰¹, wurden die hergebrachten richterlichen Funktionen nach und nach entzogen; häufig beließ man ihnen nur administrative Zeremonien, etwa die Bekanntmachung obrigkeitlicher Anordnungen und die Entgegennahme von Huldigungseiden, schließlich das Ausläuten unter der Gerichtslinde⁶⁰².

Der historische Gesetzgeber hat rechtsprechende, verwaltende und gesetzgebende Funktionen zum Teil ohne Bedacht auf deren Eigenarten nach politischen Bedürfnissen verteilt. Wie will man angesichts dieser Indifferenz das Wesen der rechtsprechenden Funktion ermitteln wenn nicht allein aus der Funktion heraus?

599 Vgl. oben, 94 f.

600 Die Entwicklung des gelehrten Richtertums, Band 1, Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1872, Aalen 1964, 235 ff, 364 ff.

601 STÖLZEL, 366 ff.

602 STÖLZEL, 381, 383 ff.

Meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr.
Wessels, danke ich auch an dieser Stelle
für die Förderung meiner Arbeit und für
seine liebenswürdige Unterstützung.

Lebenslauf

Name:	Köhling
Vornamen:	Paul Ernst
geboren am:	23. Mai 1937
in:	Lüdinghausen/Westfalen
Eltern:	Dipl.-Ing. Ernst Köhling Elisabeth Köhling, geb. Kley- mann
Staatsangehörigkeit:	deutsch
Volksschule:	Lüdinghausen/Westfalen
Oberschule:	Gymnasium Canisianum Lüding- hausen/Westfalen, altsprachlich mit neusprachlichem Zweig
Reifeprüfung:	17. März 1957
Studium:	Sommersemester 1957, Winterse- mester 1957/58: Westfälische Wilhelms-Universität Münster (Philologie) Sommersemester 1958: Westfäli- sche Wilhelms-Universität Mün- ster (Rechts- und Staatswissen- schaften) Wintersemester 1958/59, Sommer- semester 1959: Albert-Ludwigs- Universität Freiburg i. Br. (Rechts- und Staatswissenschaf- ten) Wintersemester 1959/60 bis Som- mersemester 1962: Westfälische Wilhelms-Universität Münster (Rechts- und Staatswissenschaf- ten)
1. juristische Staatsprüfung:	26. November 1962
Referendarausbildung:	im Bezirk des Oberlandesge- richts Hamm; freie Station in Lyon/Frankreich
2. juristische Staatsprüfung:	24. September 1968

